

Kontradiksjonsprinsippets relativitet og adgangen til nasjonal reparasjon av brudd på kontradiksjonsprinsippet i EMK artikkel 6

Kandidatnr: 276

Veileder: Henning Harborg

Leveringsfrist: 25. november 2004

Til sammen 16125* ord

(* se regelverk på www.jus.uio.no/studier/undervisning/spesialoppgave/)

29.06.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	BAKGRUNN OG TEMA	1
1.2	NÆRMERE OM PROBLEMSTILLINGEN	4
1.3	METODESPØRSMÅL	6
1.3.1	KORT OM GJENNOMFØRINGEN AV EMK I NORSK RETT	6
1.3.2	KORT OM EMDs METODE	8
1.3.3	SPESIELT OM METODEN VED REPARASJONSANFØRSLER	8
1.4	OPPBYGGING AV OPPGAVEN	9
<u>2</u>	<u>BRUDD PÅ KONTRADIKSJONSPRINSIPPET I NORSK RETT</u>	<u>10</u>
2.1	INNLEDNING	10
2.2	BAKGRUNN OG HISTORIKK	10
2.2.1	STRAFFESAKER	10
2.2.2	SIVILE SAKER	11
2.3	KONSEKVENSER VED BRUDD PÅ KONTRADIKSJONSPRINSIPPET	12
2.3.1	KONTRADIKSJONSPRINSIPPET I STRAFFEPROSESSEN OG BRUDD PÅ DETTE PRINSIPPET	12
2.3.2	KONTRADIKSJONSPRINSIPPET I SIVILPROSESSEN OG BRUDD PÅ DETTE PRINSIPPET	13
2.3.3	KONKRET OM VURDERINGEN AV INNVIRKNINGSKRITERIET	14
<u>3</u>	<u>BRUDD PÅ KONTRADIKSJONSPRINSIPPET ETTER EMK</u>	<u>18</u>
3.1	INNLEDNING	18
3.2	WALSTON-DOMMEN	20
3.3	INNVIRKNINGSKRITERIET	24
3.4	NASJONAL REPARASJON	30
3.4.1	REPARASJON I TILFELLER DER OVERINSTANSEN TAR STILLING TIL REALITETEN	30
3.4.2	REPARASJON I TILFELLER DER OVERINSTANSEN FORETAR EN BEGRENSET PRØVELSE	40
3.4.3	REPARASJON I DE TILFELLENE DER OVERINSTANSEN TAR STILLING TIL MENNESKERETTIGHETSSPØRSMÅLET	41
3.5	HVA SKAL EVENTUELT OPPHEVES?	43

<u>4</u>	<u>KORT OPPSUMMERING: OM FORHOLDET MELLOM NORSK PRAKSIS OG EMDS PRAKSIS</u>	<u>44</u>
<u>5</u>	<u>RETTSPOLITISK VURDERING AV EMDS PRAKSIS</u>	<u>45</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>50</u>
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og tema

Tradisjonelt sett har man i Norge ansett det for å bestå en *dualisme* mellom folkeretten og norsk rett¹. Som en moderasjon av dette kategoriske utgangspunkt, har domstolene innført det alminnelige *presumpsjonsprinsipp*. Det nærmere innhold i disse begrepene presenteres nedenfor under punkt [1.3.1](#).

I den senere tid har imidlertid norsk rett i stadig større grad blitt påvirket av våre folkerettslige forpliktelser. Det har dels skjedd gjennom økt internasjonalt samarbeid, og dels ved at stadig flere folkerettslige traktater har blitt innarbeidet i norsk rett. Særlig gjelder dette for prosessretten, som tidlig fikk inn henvisningsbestemmelser til folkeretten². Etter vedtakelsen av menneskerettsloven³ (mrl), er den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), FN-konvensjonen om de sivile og politiske rettighetene av 1966 (SP) og FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966 (ØSK) gjort til en del av norsk rett, jfr mrl § 2.⁴ Dette betyr at de har status som norsk lov, endog med forrang overfor annen norsk lov, jfr mrl § 3. Særlig EMK har hatt stor innflytelse på norsk rett. Konvensjonen har gitt grunnlag for en rekke avgjørelser fra norske domstoler, også fra Høyesterett, og har vist seg å ha stor betydning i praksis. EMK er den konvensjonen jeg forholder meg til i denne oppgaven.

I norsk rett vil EMK være en av flere rettskilder. Prinsipielt sett er det opp til norske domstoler å avgjøre om og hvordan EMK kommer til anvendelse i den konkrete sak. Høyesterett har i flere saker gitt uttrykk for at den vil anvende den Europeiske

¹ Jf blant annet Rt. 1957 s. 942 og Rt. 1997 s. 580 (OFS-dommen)

² Ved en lovendring av 13. april 1962 fikk daværende straffeprosesslov § 5 en bestemmelse om at loven skulle gjelde ”med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. Betydelig senere, ved lov 18. desember 1987 nr. 97, fikk tvistemålsloven en tilsvarende bestemmelse (§ 36a).

³ Lov av 21. mai 1999 nr 30

⁴ FN’s Barnekonvensjon ble i oktober 2003 gjort til en del av menneskerettsloven

Menneskerettighetsdomstols (EMD) metode ved tolkningen av EMK⁵, blant annet som følge av at Norge har akseptert EMDs kompetanse. Hvordan rettskilden EMK skal gis anvendelse i norsk rett vil dermed i stor grad bero på EMDs praksis.

Det er naturlig at det på visse områder oppstår tolkningsforskjeller mellom de norske domstoler og EMD, men i den grad EMDs tolkning er ”strengere” mot medlemslandene, vil slik tolkningsforskjell kunne medføre krenkelse av konvensjonen. I dette ligger en av de betydelige utfordringer forbundet med implementeringen av EMK i norsk rett; man har ikke bare bundet seg til konvensjonsteksten, men i praksis også til EMDs tolkning av denne.

I denne oppgaven skal jeg forsøke å belyse et område der EMDs vektlegging av grunnleggende prosesshensyn avviker fra den tradisjonelle norske måten.

EMK artikkel 6 er en av de mest sentrale bestemmelsene i konvensjonen, og den som påberopes oftest. Bestemmelsen gir rett til en rettferdig rettergang (”fair trial”). Under paraplyen rettferdig rettergang ligger en rekke rettigheter, hvorav noen fremgår eksplisitt av ordlyden, mens andre følger av EMDs praksis. EMK artikkel 6 stiller altså krav til de interne domstolars saksbehandling. Tradisjonelt har man i Norge inntatt det standpunkt at saksbehandling ikke har noen egenverdi. Saksbehandlingsreglene har vært sett på som et verktøy for å oppnå materielt riktige avgjørelser, vekke tillit til prosessen og bidra til en hurtig og billig prosess⁶. Som en konsekvens av dette har det vært nærmest selvsagt for oss at man ser bort fra langt de fleste saksbehandlingsfeil dersom det godtgjøres at de ikke har kunnet virke inn på resultatet. Flere av EMDs saker mot Norge de siste årene, varsler imidlertid at EMD ikke ser på saksbehandlingsreglene på samme måte. Domstolen har, når innholdet i artikkel 6 skulle defineres, lagt betydelig vekt på et uttrykk fra engelsk prosessrett; ”Justice must be seen to be done”. En slik synsvinkel, med avgjørende vekt på hvordan en feil fremstår utad, vil etter omstendighetene kunne føre til mer firkantede og absolutte regler. Ved å se på praksis rundt kontradiksjonsprinsippet, forsøker jeg under punkt [3.3](#) å gjøre rede for i hvilken grad EMD tolker reglene absolutt, det vil si i hvilken grad saksbehandlingsfeil må tillegges virkning selv om de vanskelig kan ha hatt betydning for resultatet.

⁵ Se blant annet Rt 2000 s. 996, der førstevoterende gir en utførlig gjennomgang av forholdet mellom norsk rett og EMK og Rt 2002 s. 557

⁶ Se for eksempel Hov, Rettergang I side 72

Dersom EMDs praksis på dette punkt avviker fra norsk rett, vil det ha to viktige konsekvenser. For det første vil saksbehandlingsfeil som etter norsk rett ikke skal tillegges virkning, kunne føre til fellende dom i EMD. For det andre vil det ha konsekvenser for nasjonal ankebehandling, der den saksbehandlingsregel som underinstansen har brutt er vernet etter EMK. Det er det siste som er temaet for denne oppgaven:

Dersom underinstansen har brutt en saksbehandlingsregel, er det normale i norsk rett (ved saksbehandlingsanke) at denne bare tillegges vekt dersom den har kunnet virke inn på resultatet. Har den ikke kunnet virke inn, vil underinstansdommen bli stående. Er saksbehandlingsregelen som er brutt vernet av EMK vil imidlertid overinstansen være nødt til å ta stilling til om feilen utgjør krenkelse av konvensjonen. Både EMK artikkel 13, jf mrl. §§ 2 og 3, tvml. § 36 a og strpl. § 4 krever en slik drøftelse.

Ved denne vurderingen vil blant annet EMDs metode og praksis være avgjørende⁷.

Dersom saksbehandlingsfeilen medfører krenkelse av konvensjonen hva enten den kan ha hatt innvirkning eller ikke, vil det måtte legges til grunn av norske domstoler.

Spørsmålet er hvilken *konsekvens* dette skal få.

EMK artikkel 13 har etter EMDs praksis en dobbel funksjon: Den gir rett til effektiv prøving av prosedable ("arguable") krav om at en menneskerettighet er krenket, og den gir rett til reparasjon av konstaterte krenkelser. Begge elementer vil kunne ha betydning ved overinstansens prøving av saksbehandlingsfeil som ankegrunner. Etter artikkel 13 må overinstansen både kunne prøve og reparere eventuelle brudd på artikkel 6. At påståtte brudd kan prøves av overinstansen vil sjelden være noe problem i norsk prosessrett. Derimot er det ikke åpenbart hvordan reparasjon skal foregå. Siden feilen ikke har innvirkningspotensiale, er det jo ingenting i veien med det materielle resultat, og følgelig ingen grunn til å endre dette. Opphevelse av den underliggende dom er en mulighet, men sett med norske øyne virker det prosessøkonomisk uheldig å skulle oppheve en dom beheftet med en slik "ubetydelig" feil. Et annet alternativ er at man reparerer feilen gjennom overinstansens begrunnelse. Endelig kan overinstansen

⁷ Se Rt. 2000 s. 996

tilkjenne erstatning, slik EMD ofte gjør. Prosessuelt vil det imidlertid ofte være vanskelig å tilkjenne slik erstatning for nasjonale domstoler⁸.

Hvilke krav EMK stiller til overinstansens behandling for at en saksbehandlingsfeil anses avhjulpet, er det helt sentrale spørsmål i denne oppgaven

1.2 Nærmere om problemstillingen

Utgangspunktet for denne oppgaven er dommen Walston mot Norge⁹, som ble avsagt av EMD 3. juni 2003. Ettersom dommen er helt sentral for problemstillingen, skal jeg gi en forholdsvis grundig gjennomgang av faktum allerede her. EMDs resonnement skal gjennomgås nærmere nedenfor under punkt [3.2](#).

Møyfrid og Michael Walston kjøpte i 1986 en eiendom i Stryn for NOK 1, og lånte NOK 2.8 millioner i Bergen Bank (senere Den norske Bank ASA (DnB)) for å pusse opp. Som sikkerhet for lånet var det gitt pant i den kjøpte eiendommen, samt i en annen eiendom i Vågsøy. Låneavtalen ble misligholdt, og eiendommen i Stryn ble begjært tvangssolgt. Walston motsatte seg begjæringen uten hell, og salget ble endelig 8. mars 1986, etter ankebehandling. DnB begjærte i november 1995 tvangssalg av eiendommen i Vågsøy. Begjæringen ble tatt til følge ved Nordfjord namsretts kjennelse av 25. juni 1996. Walston påkjærte kjennelsen til Gulating lagmannsrett på grunnlag av påstått manglende habilitet i namsretten. Lagmannsretten stadfestet 3. desember 1996 namsrettens kjennelse¹⁰. Under ankebehandlingen for lagmannsretten ble et av bankens prosesskrift oversendt Walstons prosessfullmektig først etter at dommen var forkynt, og Walston påkjærte kjennelsen til Høyesteretts kjæremålsutvalg (HRKj) blant annet fordi de anså dette for å være en saksbehandlingsfeil. HRKj forkastet kjæremålet 6. februar 1997¹¹. Kjæremålsutvalgets begrunnelse på dette punkt var at prosesskriftet åpenbart var uten betydning for avgjørelsen lagmannsretten skulle treffe, jf tvml. § 401 annet ledd, og at det derfor ikke var en saksbehandlingsfeil at prosesskriftet ikke ble kommunisert til Walston.

⁸ Se om dette under punkt 3.4.3

⁹ Walston v. Norway – App.nr. 37372/97

¹⁰ LG-1996-01419

¹¹ Rt. 1997 s. 247

Walston klaget saken inn for EMD, blant annet med påstand om at manglende kommunikasjon av prosesskriftet var i strid med EMK artikkel 6. EMD avsa 3. juni 2003 dom i saken, der Walston fikk medhold i at deres rettigheter etter artikkel 6 var krenket på dette punkt. Walston ble tilkjent erstatning for ikke-økonomisk skade.

Avgjørelsen reiser to viktige spørsmål, som utgjør denne oppgavens problemstillinger:

- Konstaterer EMD generelt krenkelse av kontradiksjonsprinsippet, eller av prinsippet om partenes likestilling, uansett feilens innvirkning på resultatet?
- Hvordan skal i så fall en nasjonal overinstans reparere et brudd på kontradiksjonsprinsippet i underinstansen, der feilen ikke har kunnet virke inn på resultatet?

Problemstillingen er ikke unik for saker som gjelder partenes likestilling eller kontradiksjonsprinsippet. Tilsvarende problemstillinger har aktualisert seg gjennom flere avgjørelser mot Norge i EMD.

Den første var Botten mot Norge¹². Dommen gjaldt en norsk befalingsmann – Botten – som i Høyesterett var straffedømt på grunn av en redningsoperasjon som gikk galt. Botten var stasjonssjef på Jan Mayen. Under en ilandføringsoperasjon, hvor han dro ut for å hente en skadet fisker fra en reketråler, benyttet han en gummibåt istedenfor stasjonens dorry. Gummibåten ble veltet av en brottsjø, og to personer druknet.

Botten hadde ikke vært til stede under hovedforhandlingen for Høyesterett på tross av at denne hadde avsagt ny fellende dom, noe EMD mente var i strid med EMK artikkel 6. EMD drøftet ikke om feilen kunne ha virket inn på den endelige. På tross av at avgjørelsen ikke direkte berørte spørsmålet ettersom feilen ble gjort i Høyesterett, antyder avgjørelsen et potensielt spenningsforhold mellom det norske innvirkningskravet og EMDs praksis.

Den neste dommen var den såkalte Karmøy-dommen – Y mot Norge¹³ – som gjaldt brudd på uskyldspresumpsjonen i artikkel 6. Y hadde i lagmannsretten blitt frikjent for

¹² Botten v. Norway – App.nr. 16209/90

¹³ Y v. Norway – App.nr. 56568/00

drapet på sin kusine, men ble likevel dømt til å betale oppreisning til avdødes familie. Høyesterett kom etter anken til at lagmannsrettens domsgrunner var uheldig formulert, men at de ikke utgjorde noen krenkelse av EMK. EMD kom til at lagmannsrettens begrunnelse klart var i strid med uskyldspresumpsjonen, og at HRs begrunnelse ikke kunne rette opp denne feilen. Avgjørelsen reiser spørsmålet om hva Høyesterett skulle ha gjort for å hindre krenkelse i EMD. Kunne Høyesterett formulert seg annerledes og derved reparert krenkelsen, eller måtte lagmannsrettsdommen oppheves?

Det kunne dermed være interessant å drøfte spørsmålet om innvirkning og spørsmålet om reparasjon i forhold til samtlige av rettighetene som er beskyttet etter EMK artikkel 6. Det vil imidlertid bli svært omfattende, og åpenbart sprengte rammene for denne oppgaven. Jeg har derfor valgt å fokusere drøftelsen omkring kontradiksjonsprinsippet og prinsippet om partenes likestilling.

Når Walston-dommen antyder at innvirkningspotensialet ikke er avgjørende for EMD, er det i forhold til disse reglene paradokset, sett med norske øyne, er størst. Retten til kontradiktorisk behandling er prosessuelle regler som etter norsk tradisjon har som sitt klare hovedformål å bidra til sakens opplysning¹⁴. For disse feilene har relativ virkning vært nærmest selvsagt hos oss, og *kjerneområdet* for relativitetsgrunnsetningen er dermed brudd på denne typen regler. Jeg tror derfor at en drøftelse av disse rettighetene vil gi en forholdsvis ”ren” drøftelse, der det blir mulig å på en ryddig måte abstrahere forskjellen i vektlegging av sentrale hensyn.

Videre kan det tenkes at praksis i forhold til disse rettighetene også kan belyse hvordan EMD forholder seg i forhold til de andre rettighetene artikkel 6 sikrer. I alle fall vil drøftelsen kunne belyse hvilke hensyn EMD legger vekt på når den drøfter reparasjonsanførsler.

1.3 Metodespørsmål

1.3.1 Kort om gjennomføringen av EMK i norsk rett

Spørsmålet om EMKs virkning internt i Norge, er en del av det mer generelle spørsmål om forholdet mellom folkerett og intern rett. Som nevnt har vi i Norge en ”dualistisk” tilnærming til folkeretten. Det innebærer at folkerettsregler har vært avhengig av en

¹⁴ jf. blant annet Hov, Rettergang I side 75

særskilt gjennomføringsakt for å bli en del av norsk rett. Dette kan enten være et nasjonalt vedtak som henviser til de folkerettslige regler (inkorporasjon), eller en gjengivelse av folketsreglene på norsk (transformasjon). Dette noe kategoriske utgangspunkt modifiseres av presumpsjonsprinsippet, hvorefter norsk rett *presumeres* å være i tråd med folkeretten. Prinsippet innebærer at rettsanvenderen, der dette er mulig, skal legge til grunn den tolkning av den norske regel som er i samsvar med den folkerettslige regel. Folkeretten blir dermed en relevant rettskildefaktor av en viss vekt. Tradisjonelt har oppfatningen imidlertid vært at folkerettsregelen må vike ved motstrid med den norske regel¹⁵.

For EMKs vedkommende er disse forhold av mindre betydning etter vedtakelsen av menneskerettsloven (mrl)¹⁶. Loven gjorde EMK til en del av norsk rett. I prosessretten, som er denne oppgaves arena, har tvistemålsloven (tvml) § 36a og straffeprosessloven (strpl) § 4, tjent samme nytten også før vedtagelsen av mrl.

Menneskerettslovens kanskje viktigste bestemmelse er § 3, som slår fast at bestemmelsene i konvensjonene ”skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Det har vært en viss diskusjon om betydningen av en slik forrangsbestemmelse. Ikke minst gjelder dette siden menneskerettsloven er en lov som selv kan endres ved lov.

Etter at dommen inntatt i Rt. 2000 s. 996 ble avsagt, ble det i teorien hevdet at det gjaldt et klarhetskrav for at motstridsbestemmelsen skulle komme til anvendelse. Tanken var at det tolkningsresultat som fulgte av EMK måtte være *rimelig klart* før det ble aktuelt å sette norsk rett til side. I dom inntatt i Rt. 2002 s. 557 tar Høyesterett imidlertid eksplisitt avstand fra en slik fortolkning. Til tross for dette har det vært hevdet at Høyesterett i tiden etter Rt. 2002 s. 557 likevel i praksis har gjennomført et slags klarhetskrav. Spørsmålet om hva som skal til for at man skal kunne konstatere motstrid, og dermed ha hjemmel til å sette norsk rett til side, er derfor per i dag ikke helt enkelt å svare generelt på.

¹⁵ Se NOU 1993:18 s 46-78 for en grundigere gjennomgang av disse reglene.

¹⁶ Lov av 21. mai 1999 nr 30

1.3.2 Kort om EMDs metode

Formelt er det rettslige utgangspunkt for tolkningen av EMK Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31-33¹⁷ og folkerettslig sedvane. Dette utgangspunkt har imidlertid i praksis måttet tåle betydelige modifikasjoner.

EMK har det overlegent mest effektive håndhevingssystemet innen internasjonale menneskerettigheter, og har opparbeidet seg en anseelig rettspraksis. EMD har derfor hatt større muligheter enn andre folkerettsorganer til å drive en rettsutvikling innenfor sitt felt. Dette har resultert i at EMDs rettspraksis har betydelig vekt, ikke bare for organet selv, men også for nasjonale rettsanvendere. EMD har gjennom sin praksis vist at de legger betydelig vekt på formålsrettet tolkning, og på å skape effektive regler. Domstolen har slik sett ansett seg betraktelig mindre bundet av ordlyden enn Wienkonvensjonen legger opp til, og omtaler ofte konvensjonen som et ”living instrument”¹⁸. EMD har på mange måter skapt en egen metode for tolkningen av konvensjonen. Denne tolkningsmetoden er mer dynamisk og pragmatisk enn tradisjonell traktatstolkning.

1.3.3 Spesielt om metoden ved reparasjonsanførsler

Når en sak om EMK artikkel 6 kommer opp for EMD, prøver domstolen om rettergangen som helhet er i strid med EMK eller ikke¹⁹. Dette er en naturlig følge av regelen i EMK artikkel 35 paragraf 1 om at alle nasjonale rettsmidler må være uttømt for at en klage skal kunne tas til behandling for EMD.

Prinsipielt sett vurderer EMD alle interne rettergangstrinn samlet, i motsetning til hvert enkelt isolert. Det er dermed egentlig ikke rom for reparasjonsanførsler for EMD, i den forstand at en krenkelse kan rettes opp. Enten er rettergangen samlet sett i tråd med konvensjonen, eller den er det ikke. Prinsipielt sett kan det ikke foreligge krenkelse av konvensjonen i underinstansen, idet krenkelsen ikke inntreffer før staten har mislyktes i å rette opp forholdet, jf prinsippet EMK artikkel 35 paragraf 1 bygger på.

¹⁷ Wienkonvensjonen av 1969 om traktatretten. Norge har ikke tiltrådt konvensjonen, men den antas å gi uttrykk for folkerettslig sedvane og vil således være bindende også for Norge.

¹⁸ Se for eksempel *Tyrer v. UK* – App.nr. 5856/72

¹⁹ Se for eksempel *Dallos v. Hungary* – App.nr. 29082/95 § 47, *Mialhe v. France* – App.nr. 18978/91 § 43 og *Imbrioscia v. Switzerland* – App.nr. 13972/88 § 38

Dette blir likevel ikke mer enn et prinsipielt utgangspunkt. I praksis er det tydelig at EMD vurderer de enkelte instansers behandling særskilt. Dersom den finner forhold ved underinstansens behandling som er ”in variance with” (avvikende fra) konvensjonen, vurderes deretter om eventuelle overinstansers behandling har bøtet på disse.

Det er derfor ikke uvanlig at det fra statens side påberopes reparasjon som frifinnelsesgrunn for EMD²⁰.

1.4 Oppbygging av oppgaven

Oppgaven faller i fire hoveddeler. I punkt [2](#) vil jeg gjøre rede for brudd på kontradiksjonsprinsippet i norsk rett, og hvilke konsekvenser slike brudd normalt får.

Deretter vil jeg i punkt [3](#) presentere EMDs praksis. I den grad kildematerialet gir grunnlag for det vil jeg i dette kapittelet forsøke å svare på den konkrete problemstillingen i oppgaven:

- Konstaterer EMD generelt krenkelse av kontradiksjonsprinsippet eller av prinsippet om partenes likestilling uansett feilens innvirkning på resultatet?
- Hvordan skal i så fall en nasjonal overinstans reparere et brudd på kontradiksjonsprinsippet i underinstansen, der feilen ikke har kunnet virke inn på resultatet?

Jeg vil forsøke å gjøre komparative vurderinger underveis, og belyse mulige motstridssituasjoner mellom EMDs praksis og norsk rett.

I punkt [4](#) vil jeg kort oppsummere forholdet mellom norsk praksis og EMDs praksis. Avslutningsvis gis i punkt [5](#) en rettspolitisk vurdering av EMDs praksis. Som en naturlig konsekvens av regelsettenes overlappende anvendelsesområde, vil dette kapittelet til en viss grad være en vurdering også av de norske regler.

²⁰ Et nærliggende eksempel er Walston mot Norge

2 Brudd på kontradiksjonsprinsippet i norsk rett

2.1 Innledning

Med kontradiktorisk saksbehandling menes at det ikke skal avsies dom eller treffes andre viktige avgjørelser uten at partene – i straffesaker spesielt tiltalte – har fått anledning til å gjøre rede for sitt syn på de faktiske omstendigheter i saken og hva som kan utledes av bevis som foreligger. Dessuten skal de gis anledning til å uttale seg om hverandres anførsler.

Brudd på reglene om kontradiksjon vil være saksbehandlingsfeil.

Der en dom er påanket på grunn av saksbehandlingsfeil, har ankeinstansen i norsk rett vanligvis tre muligheter; den kan (1) forkaste anken, (2) helt eller delvis oppheve den underliggende dom, eller (3) dersom saken går for en lagmannsrett selv treffe ny realitetsavgjørelse.

Spørsmålet i dette kapittelet er hva som skal til for at en dom som angripes på grunn av brudd på kontradiksjonsprinsippet kan oppheves, eventuelt hva som skal til for at lagmannsretten skal kunne avsi ny dom. Spesielt vil jeg fokusere på kravet til innvirkning på resultatet og dets betydning for adgangen til å oppheve.

2.2 Bakgrunn og historikk

2.2.1 Straffesaker

Dagens straffeprosessuelle ordning skiller mellom relative og absolutte opphevelsesgrunner.

Sondringen mellom relative og absolutte opphevelsesgrunner kom inn i norsk straffeprosess²¹ ved straffeprosessloven av 1887²². Jurykommisjonens lovutkast inneholdt opprinnelig en slags mellomløsning²³. I utkastet hadde bestemmelsen en oppregning av de saksbehandlingsfeil som skulle tillegges vekt, dog slik at siste ledd gav mulighet til å legge vekt på andre feil enn de oppregnede såfremt det var sannsynlig at de *hadde* virket inn på resultatet²⁴. Departementalkomiteén skar antallet absolutte

²¹ Inst. O. nr. 51 (1980-81) og Hagerup I 1904, side 76

²² Lov 1. juli 1887 nr 5

²³ Dokument nr 1 (1885), side 110-111

²⁴ Dokument nr 1 (1885), sidene 111 og 585

opphevelsesgrunner ned til 6, men utvidet bestemmelsen på den annen side slik at andre feil skulle komme i betraktning også dersom feilen *kunne* ha virket inn på resultatet²⁵.

Da någjeldende straffeprosesslov ble vedtatt, ble bestemmelsen videreført med noen endringer, dog slik at skillet mellom relative og absolutte opphevelsesgrunner ble opprettholdt²⁶ i noenlunde uendret form. Justiskomiteén bemerket i den sammenheng at det hadde vært vurdert å kutte helt ut de absolutte opphevelsesgrunner, da man i praksis trolig ville kommet til de samme resultater dersom loven bare hadde inneholdt den såkalte "relativitetsgrunnsetningen"²⁷.

Relativitetsgrunnsetningen har følgelig lange røtter i norsk straffeprosess, og det er de *absolutte* opphevelsesgrunner som har vært under press i moderne tid. De fleste saksbehandlingsregler har således i stor grad vært sett på som verktøy for å sikre rett resultat, mer enn formregler som primært skal verne om "appearances"²⁸ og befolkningens tillit til rettsapparatet.

2.2.2 Sivile saker

Før tvistemålsloven av 1915 trådte i kraft, kunne man ikke snakke om noen generell relativitetsgrunnsetning i norsk sivilprosess²⁹. Visse elementer av en slik tankegang var dog til stede under den tidligere prosessloven, og Francis Hagerup skriver i "Den Norske Civilproces" fra 1918 at prinsippet "*ikke har været helt ukjendt i vor civilprocessuelle praxis [før tvistemålsloven]*"³⁰. Det var imidlertid med tvistemålsloven at skillet mellom absolutte og relative opphevelsesgrunner ble formalisert i norsk sivilprosess. Da ble tvml § 384 innført etter mønster fra straffeprosessloven (jf. ovenfor).

Innføringen av skillet ble ikke eksplisitt diskutert i forarbeidene, og det synes ikke som dette var særlig kontroversielt.

²⁵ Udkast... (1886) side 91-92 og utkastets § 395

²⁶ Innst. O. Nr. 51. (1980-81), side 325 flg.

²⁷ l.c.

²⁸ Om "appearances"-begrepet, se nedenfor under punkt 3.3

²⁹ Hagerup sivilprosess II 1905, side 125 flg.

³⁰ Hagerup sivilprosess II 1918, side 288.

2.3 Konsekvenser ved brudd på kontradiksjonsprinsippet

2.3.1 Kontradiksjonsprinsippet i straffeprosessen og brudd på dette prinsippet

Selve kontradiksjonsprinsippet er ikke nevnt eksplisitt i straffeprosessloven, men er allikevel et viktig prinsipp i norsk straffeprosess. Retten til å ta til motmæle er uttrykkelig slått fast i strpl § 92 første ledd andre punktum, og prinsippet er ivaretatt i en rekke bestemmelser for øvrig i loven³¹.

Dersom en anke over saksbehandlingen fører frem, blir dommen opphevet, jf strpl § 345 annet ledd³². Men det er strpl § 343 som ved saksbehandlingsanke regulerer adgangen til å vektlegge en feil i underinstansen. I henhold til strpl § 385 tredje ledd gjelder § 343 tilsvarende for kjæremål.

Strpl § 343 sonderer som nevnt mellom absolutte og relative ugyldighetsgrunner ved saksbehandlingsanke. Det innebærer at visse grovere feil, som regnes opp i lovens § 343 annet ledd, ubetinget skal tillegges virkning uten noen undersøkelse av om det kan være årsakssammenheng mellom feilene og domsresultatet. Andre feil blir undergitt en vurdering med henblikk på om det er sannsynlig at feilen kan ha hatt innflytelse på sakens utfall, jf. § 343 første ledd.

Brudd på reglene om kontradiksjon er ikke omfattet av oppregningen i annet ledd, og er å regne som relative ugyldighetsgrunner³³. Et brudd på disse reglene vil dermed etter strpl § 343 bare komme i betraktning når det antas at feilen kan ha innvirket på dommens innhold. Med "antas" menes at det foreligger rimelig mulighet for at feilen har virket inn. Det kreves ikke bevis for at feilen har hatt betydning³⁴. Men det er ikke bare forholdet mellom feilen og dommens innhold som er avgjørende; i uttrykket ligger

³¹ Hov nevner retten til forsvarer, prinsippet om at siktede skal innkalles til alle rettsmøter, retten til å bli orientert om de bevis som skal føres samt retten til å avhøre de vitner påtalemyndigheten fører. (Hov, Rettergang I side 76). Prinsippets anvendelse for øvrig er dessuten fastslått i en rekke avgjørelser fra Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg.

³² Hov, Rettergang I side 440

³³ Dette må gjelde selv om oppregningen i annet ledd antagelig ikke er uttømmende, jf Rt 1981 s. 673. Brudd på kontradiksjonsprinsippet er av Høyesterett gjennomgående vurdert etter regelen i første ledd, jf for eksempel Rt. 1999 s. 1939.

³⁴ Se Karnov, note til strpl § 343 og for eksempel Rt. 1999 s. 487, Rt. 1999 s. 1939 og Rt. 2000 s.1297

også en prøving av saksbehandlingsfeilens alvor³⁵. Jo alvorligere feilen er, desto mindre krav vil man således stille til sammenhengen mellom feil og dom.

2.3.2 Kontradiksjonsprinsippet i sivilprosessen og brudd på dette prinsippet

Kontradiksjonsprinsippet er ikke nevnt i tvistemålsloven, og loven har – på samme måte som straffeprosessloven – ikke noen generell regel om kontradiksjon. Likevel er prinsippet et av de mest grunnleggende saksbehandlingsprinsipper i norsk sivilprosess, og partenenes rett til kontradiktorisk forhandling er sikret gjennom en rekke bestemmelser i tvistemålsloven³⁶. Også i sivile saker er det viktig at partene gis anledning til å uttale seg før viktige avgjørelser treffes, og dersom reglene som skal sikre kontradiksjon brytes, vil det utgjøre en saksbehandlingsfeil.

På samme måte som for straffesaker vil en dom bli opphevet dersom en saksbehandlingsanke fører frem. Det følger direkte av tvml § 385. Adgangen til å vektlegge feil er regulert i tvml § 384, som på samme måte som strpl § 343 sonderer mellom absolutte og relative opphevelsesgrunner.

Brudd på kontradiksjonsprinsippet er ikke omfattet av oppregningen i annet ledd (de absolutte opphevelsesgrunner), og avgjørende for om slike feil medfører opphevelse er om "retten finder det sandsynlig at de kan ha virket bestemmende paa avgjørelsens indhold". Det må være en rimelig – det vil si ikke helt fjerntliggende – mulighet for at feilen har virket inn på det materielle innhold i avgjørelsen³⁷. Det kreves med andre ord ikke sannsynlighetsovervekt for at feilen faktisk har virket inn. Dette kan med litt velvilje kan lese ut av ordlyden ettersom denne bare krever at feilen kan ha virket inn. I vurderingen av om dommen skal oppheves legges det – i likhet med det som gjelder for den straffeprosessuelle bestemmelsen – vekt på hva slags feil det er tale om og hvor grov den er³⁸.

³⁵ Bjerke og Keiserud II side 852

³⁶ Hov nevner retten til å være til stede under rettsmøtene, reglene om saksforberedelsen, samt reglene om prosessuell preklusjon (Hov Rettergang I side 75), men det finnes mange flere. Det mest generelle uttrykk for kontradiksjonsprinsippet i tvistemålsloven er kanskje § 111.

³⁷ Se Karnov, note til tvml § 384

³⁸ Skoghøy side 904

2.3.3 Konkret om vurderingen av innvirkningskriteriet

Ettersom reglene for virkningen av saksbehandlingsfeil er såpass like i straffeprosessen og sivilprosessen, har jeg valgt å gjøre den videre behandling av innvirkningskriteriet samlet for de to prosessformer. Der det er grunn til å tro at det gjelder egne regler for én av prosessformene, vil jeg nevne det.

Kontradiksjonsprinsippet er et sentralt prinsipp i nær sagt all moderne prosessrett³⁹ og, som vi har sett ovenfor, også i norsk rett. Kontradiksjon skal bidra til sakens opplysning, og anses som viktig for å sikre riktige resultater. Når bestemmelser som skal verne om dette prinsippet brytes, må det i utgangspunktet vurderes som en alvorlig feil. I tråd med det som er sagt ovenfor om dette, kan man tenke seg at kravet til årsakssammenheng mellom feilen og dommens innhold dempes noe for denne typen feil. Dette vil dessuten være en naturlig konsekvens av at et av hensynene bak prinsippet nettopp er folks tillit til rettsapparatet. Der feilen også utgjør et brudd på EMK, vil det antagelig gjelde i enda større grad. Høyesterett har da også i flere dommer uttalt at det ikke kan stilles særlig strenge krav til sannsynligheten for at feil ved saksbehandlingen kan ha hatt innvirkning på avgjørelsens innhold i de tilfeller hensynet til kontradiksjon ikke er ivarettatt⁴⁰. Det skal lite til for at slike feil vil lede til opphevelse. Brudd på kontradiksjonsprinsippet befinner seg derfor i en slags mellomstilling; slike feil vil ikke være absolutte opphevelsesgrunner, men kravet til innvirkning er redusert i forhold til de øvrige relative opphevelsesgrunner.

Utgangspunktet vil imidlertid fortsatt være at det *skal* være en rimelig mulighet for at feilen har virket inn på resultatets innhold, og Høyesterett har i en rekke saker om kontradiksjonsprinsippet – blant annet Walston-saken – kommet til at slike feil *ikke* har kunnet virke inn. Det er derfor nødvendig med en nærmere analyse av den vurdering som foretas.

Det synes å være tre forskjellige situasjoner der HR kommer til at brudd på kontradiksjonsprinsippet ikke kan virke inn på resultatet; (1) der det aktuelle dokument kun inneholder opplysninger som allerede er kommet frem på annen måte, (2) der

³⁹ Skoghøy side 407

⁴⁰ Se for eksempel Rt. 2000 s. 1297, Rt. 2001 s. 102, Rt. 1999 s. 1166, Rt. 1999 s. 856, Rt. 1998 s. 472, Rt. 1998 s. 1283, Rt. 1999 s. 397 eller HR-1999-00227s

mulige følger av feilen er blitt nøytralisert gjennom senere behandling, og (3) der det aktuelle dokument eller uttalelse ikke omhandler det grunnlag saken ble avgjort på.

I den første gruppen av tilfeller har typisk de opplysninger eller den argumentasjon som fremkommer i et prosesskrift, tidligere vært fremført i et annet prosesskrift.

Et eksempel er dom HR-1999-00150s, som var en straffesak. Her hadde lagmannsretten besluttet varetektsfengsling uten at forsvareren hadde hatt anledning til å sende inn støtteskriv. Dette var en saksbehandlingsfeil, men siden de opplysningene som sto i støtteskrivet allerede i det vesentlige fremgikk av saksdokumentene, ble kjennelsen ikke opphevet⁴¹.

En litt spesiell variant er inntatt i Rt. 1997 s. 1181. Saken gjaldt ileggelse av parkeringsgebyr, og spørsmålet for Høyesteretts kjæremålsutvalg var om lagmannsrettens unnlattelse av å underrette de kjærende parter om Oslo kommunes kjæremålstilsvare var en feil som måtte føre til opphevelse. HRKj kom til at tilsvaret inneholdt nye faktiske opplysninger som ikke åpenbart var uten betydning, jf strpl. § 383 annet ledd, og at unnlattelsen således var en saksbehandlingsfeil. Kjennelsen ble likevel ikke opphevet, fordi de nye opplysninger måtte anses som et supplement til den begrunnelse forhørsretten hadde gitt, og som lagmannsretten viste til. Feilen hadde således ikke kunnet virke inn på resultatet. Dette på tross av at lagmannsretten hadde fremhevet de nye opplysningene i sin kjennelse. HRKj foretar her en helt konkret vurdering av kjæremålstilsvarets potensielle innvirkningskraft. Det slås eksplisitt fast at det inneholdt nye faktiske opplysninger som hadde relevans for saken, men siden disse kun var utfyllende i forhold til de opplysninger som allerede fantes i saksdokumentene, mente HRKj at de ikke hadde virket inn. Praksisen med lett å konstatere innvirkning ved brudd på kontradiksjonsprinsippet er ikke nevnt i dommen.

Den andre gruppen av tilfeller er der mulige følger av feilen har blitt nøytralisert gjennom den senere behandling. Dette formuleres av og til slik at feilen er reparert. Ut fra prinsippet om at feilen bare får virkning dersom den kan ha virket inn på resultatet, mener jeg det er forsvarlig å si at å reparere feilen er det samme som å nøytralisere dens virkninger.

⁴¹ Likedan i dom HR-1997-00435s

Dette kan gjøres på forskjellige måter. Én variant er at manglende kontradiksjon under saksforberedelsen repareres under selve hovedforhandlingen. Dersom forhold som ikke er kommunisert en av partene under saksforberedelsen er gjenstand for omfattende oppmerksomhet under hovedforhandlingen, er det grunn til å tro at domstolene vil komme til at feilen ikke kunne virke inn. Et eksempel på dette er mindretallets votum i Rt. 2003 s. 512, som var et sivilt søksmål. Saken gjaldt vilkårene for avskjæring av videre forhandlinger under ankeforhandling i lagmannsretten⁴². Mindretallet kom til at slik avskjæring i det konkrete tilfellet var en saksbehandlingsfeil, men at denne ikke hadde kunnet virke inn på avgjørelsens innhold. Begrunnelsen for dette var blant annet at den part som ble rammet av avskjæringen hadde hatt god mulighet til å uttale seg om den gjenstående bevisførsel for lagmannsretten, samt at hans forklaring for Høyesterett hadde vist at saken ikke ville ha vært annerledes stilt dersom avskjæring ikke hadde funnet sted.

En annen måte manglende kontradiksjon kan avhjelpes på, er at domstolen revurderer sin beslutning. I HR-2003-00895-1 hadde lagmannsretten ennå ikke mottatt tiltaltes støtteskriv da den nektet anke fremmet. Etter at støtteskrivet ble mottatt, traff lagmannsretten ny beslutning om at ingen endring i den første beslutning skulle foretas. Dette var etter HRKjs vurdering tilstrekkelig til å reparere den opprinnelige saksbehandlingsfeil. Men for at slik etterfølgende vurdering skal anses å nøytralisere en feils mulige innvirkning, må denne skje i like betryggende former som ved første gangs behandling⁴³.

Endelig kan manglende kontradiksjon avhjelpes ved ny fullstendig behandling. Det mest opplagte eksempelet på dette er ved fullstendig anke. I disse tilfellene er det ikke vanlig å snakke om at en saksbehandlingsfeil ikke får virkning fordi den ikke har kunnet virke inn, men det er i og for seg ikke noe prinsipielt i veien for å gjøre det. Et eksempel på at Høyesterett bruker den terminologien der det er snakk om en ny fullstendig behandling, er HR-1997-00621s. I denne saken hadde forhørsretten ikke gitt politiet

⁴² Jf. Tvml § 378 annet ledd

⁴³ I Rt. 2003 s. 1625 forklarte lagmannsretten i oversendelsesbrevet til Høyesterett at de tre dommere som opprinnelig deltok i beslutningen hadde gjennomgått saken på nytt (med alle dokumenter), uten å finne grunn til å gjøre om sin beslutning etter strpl § 381. Dette kunne ha vært tilstrekkelig til at feilen ikke skulle tillegges vekt, men siden bare én lagdommer hadde signert oversendelsesbrevet var det ikke skjedd i like betryggende former som ved første gangs behandling.

medhold i beslag av førerkort. På grunn av feil ved forhørsrettens saksbehandling, opphevet imidlertid lagmannsretten denne kjennelsen. Høyesterett kom til at lagmannsretten hadde brutt kontradiksjonsprinsippet, men at denne feilen ikke kunne ha virket inn på den endelige avgjørelsen fordi politiet nå måtte bringe saken inn for ny fullstendig behandling for forhørsretten⁴⁴.

Den tredje gruppen av tilfeller der HR gjerne kommer til at brudd på kontradiksjonsprinsippet ikke kan virke inn på resultatet, er der manglene ved kontradiksjonen bare berører forhold som ikke er relevante for det grunnlag saken ble avgjort på. Et eksempel er dom inntatt i Rt. 2002 s. 248. Saken gjaldt fortsatt varetektsfengsling, og siktedes forsvarer fikk ved en feil ikke oversendt politiets tilsvaret til forsvarers kjæremålsklæring. Spørsmålet for HRKj var om denne feilen kunne ha virket inn på resultatet. I politiets tilsvaret fremkom opplysninger om skjellig grunn til mistanke kun i forhold til den ene tiltaleposten (drap). Siden lagmannsretten i tillegg til å finne skjellig grunn til mistanke for drap, også hadde funnet skjellig grunn til mistanke for grovt tyveri, mente kjæremålsutvalget at feilen ikke kunne ha virket inn. Forsatt varetektsfengsling kunne besluttes uten å måtte gå inn på punkter behandlet i tilsvaret.

En tilsvarende sivil sak er HR-1999-00238k. I en sak om midlertidig forføyning hadde lagmannsretten oversett et prosesskrift fra en av partene. Prosesskriftet omhandlet spørsmålet om fordringshaveren hadde sannsynliggjort sitt hovedkrav etter tvangsfullbyrdsloven § 15-6. Dette var en saksbehandlingsfeil, men Høyesterett fant at denne ikke hadde kunnet virke inn på avgjørelsens innhold. Kjæremålet til lagmannsretten bygde opprinnelig på to grunnlag. Dels ble det for lagmannsretten gjort gjeldende at byretten hadde tatt feil når den hadde funnet at fordringshaverens hovedkrav var tilstrekkelig sannsynliggjort, og dels ble det anført at byretten hadde tatt feil når den hadde funnet at det var sannsynliggjort sikringsgrunn i samsvar med tvangsfullbyrdsloven § 15-2 bokstav b. Når lagmannsretten frifant skyldneren etter bare å ha tatt stilling til sistnevnte anførsel, kunne det ikke ha virket inn på denne avgjørelsen at prosesskriftet ikke hadde vært tatt med i vurderingen.

En lignende sak er også inntatt i Rt. 2003 s. 459.

⁴⁴ Dette er imidlertid ikke fulgt opp konsekvent i senere praksis. I dom inntatt i Rt. 1999 s. 397 kom Høyesterett til at feilen *hadde* virket inn i en lignende sak.

Walston-saken kan sies å falle innenfor alle disse grupper, kanskje spesielt (1) og (3). I lys av dette er det ikke overraskende at HRKj ikke opphevet lagmannsrettens kjennelse.

Utenfor disse typetilfellene, synes det som om domstolene lett anser en feil for å ha kunnet virke inn på resultatet. Men det må presiseres at det i alle tilfeller skal foretas en konkret vurdering av feilens potensielle innvirkningskraft. Dom inntatt i Rt. 1999 s.

1939 kan tjene som eksempel. Påtalemyndigheten hadde etter frifinnende dom i byretten anket saken inn for lagmannsretten på grunn av feil i lovanvendelsen.

Kjennelse ble avsagt uten at tiltalte hadde hatt praktisk mulighet til å kommentere anken. Dette var en saksbehandlingsfeil. Høyesterett tok utgangspunkt i at det skulle stilles små krav til innvirkning for slike feil, men fant likevel at feilen etter en konkret vurdering ikke kunne ha virket inn på resultatet. Anken var begrenset til lovanvendelsen, og Høyesterett var enig i lagmannsrettens tolkning av de aktuelle bestemmelser. En lignende sivil sak er inntatt i Rt. 2002 s. 1487.

For å summere opp: Brudd på de regler som skal sikre kontradiktorisk forhandling, vil både i sivil- og straffeprosessen være relative saksbehandlingsfeil. Disse skal bare tillegges vekt dersom de har kunnet virket inn på resultatet. Brudd på kontradiksjonsprinsippet befinner seg likevel i en slags mellomstilling mellom de absolutte og de relative opphevelsesgrunner, i det Høyesterett har slått fast at denne type feil *presumeres* å ha virket inn på resultatet. Som jeg skal komme tilbake til under punkt [4](#) er det etter Walston-dommen i EMD grunn til å tro at denne presumpsjonen vil tillegges ytterligere vekt. Det foretas likevel prinsipielt sett en konkret vurdering, og også feil som består i brudd på kontradiksjonsprinsippet kan være feil som ikke skal tillegges vekt.

3 Brudd på kontradiksjonsprinsippet etter EMK

3.1 Innledning

Det er klart at konvensjonsstatene etter EMK skal forsøke å rette opp et brudd internt, før eventuell fellende dom fra EMD kan bli aktuelt. Spørsmålet om *hva* som kreves for at et menneskerettighetsbrudd skal anses reparert gjenstår imidlertid å besvare.

Problemstillingen har klare linjer til spørsmålet om en klager er ”victim” i EMK artikkel 34s forstand. Det er et grunnvilkår for individuell klagerett at klageren er et offer (”victim”) for en krenkelse. Dersom forholdet er reparert av statene, vil ofte EMD komme til at klageren ikke lenger er ”victim”, og avvise saken fra videre behandling⁴⁵. Domstolen vil i disse tilfellene kunne velge om den vil avsi frifinnende dom, eller om avvisningsavgjørelse skal avsies fordi klageren ikke lenger er klageberettiget. Som jeg skal komme tilbake til under [3.4.3](#) vil imidlertid avvisning bare være aktuelt der staten enten eksplisitt eller implisitt har anerkjent at det forelå en krenkelse.

Problemstillingen er også nært knyttet til konvensjonens rett til effektivt rettsmiddel, jf. artikkel 13. Som tidligere nevnt forutsetter artikkel 13 at statene internt kan rette opp inntrådte krenkelser. I dette kapitlet søker jeg å gjøre rede for hvordan dette kan gjøres der feilen består i manglende kontradiktorisk behandling i underinstansen.

I saken *Condron mot UK*⁴⁶ slo EMD eksplisitt fast at en vurdering av resultatets riktighet ikke kan likestilles med vurderingen av om rettssaken som sådan er i samsvar med rettergangsgarantiene i artikkel 6⁴⁷. Krenkelse av EMK artikkel 6 kan altså forekomme uavhengig av om resultatet er riktig eller ikke. Dette korresponderer i og for seg med norsk prosessrett, der en feil kan føre til opphevelse uten at konkrete feil ved resultatet må påvises. Men praksis i EMD antyder at det gjelder en strengere standard etter EMK enn etter norsk rett⁴⁸.

Spørsmålet i det følgende er derfor *hva* EMD krever av en nasjonal overinstans for at underinstansens brudd på kontradiksjonsprinsippet i artikkel 6 skal anses reparert, spesielt i de tilfeller der feilen ikke kan ha virket inn på resultatet.

⁴⁵ Se for eksempel *Lüdi v. Switzerland* – App.nr. 12433/86 § 34

⁴⁶ *Condron v. The United Kingdom* – App.nr. 35718/97

⁴⁷ Dommens § 65: *The Court must also have regard to the fact that the Court of Appeal was concerned with the safety of the applicants' conviction, not whether they had in the circumstances received a fair trial. In the Court's opinion, the question whether or not the rights of the defence guaranteed to an accused under Article 6 of the Convention were secured in any given case cannot be assimilated to a finding that his conviction was safe in the absence of any enquiry into the issue of fairness.*

⁴⁸ *Dommene K. S. v Finland, K. P. v Finland og The Fortum Corporation v Finland* har for eksempel alle uttalelser som *"Whatever the actual effect which the various opinions may have had on the decision ..."*, eller tilsvarende.

EMK artikkel 6 første ledd gjelder både sivile saker og straffesaker⁴⁹. Fordi rettighetene i utgangspunktet strømmer fra denne bestemmelsen for begge sakstypers vedkommende, har jeg valgt å behandle saker under EMDs "civil head" og "criminal head" samlet. Det skaper visse problemer, da EMDs praksis i visse tilfeller vil kunne være forskjellig alt ettersom de behandler en sivil sak eller en straffesak. Dette fremgår blant annet av *Dombo Beheer B. V. mot Nederland*, der domstolen slår fast at statene har større spillerom når det gjelder saker under "civil head"⁵⁰. Et annet problem er at hensynene vil kunne være noe forskjellige for de to sakstypene. Typisk vil hensynet til motparten i en sivil sak kunne begrunne at man ikke tillegger en "ubetydelig" saksbehandlingsfeil virkning. Motsatt vil uskyldspresumpsjonen kunne tale for absolutte regler i straffesaker der det er tiltalte som er blitt nektet kontradiksjon.

For å bøte på denne svakheten ved systematikken, skal jeg forsøke å ta opp problemet på de stedene i teksten jeg mener skillet kan være relevant. Problemet er uansett ikke større enn at EMD i visse tilfeller unnlater å ta stilling til om en sak faller inn under "civil head" eller "criminal head" der partene er enige om at konvensjonens artikkel 6 kommer til anvendelse⁵¹.

3.2 Walston-dommen

Ettersom det er Walston-dommen som har aktualisert den aktuelle problemstillingen for norsk retts vedkommende, er det hensiktsmessig å begynne med en analyse av EMDs begrunnelse i dommen. Spørsmålet for EMD var hvorvidt lagmannsrettens manglende

⁴⁹ Om EMK artikkel 6 får anvendelse er avhengig av om saken gjelder "determination of (...) civil rights and obligations" eller "determination of a criminal charge". Bestemmelsen er altså delt inn i en "civil head" og en "criminal head". Dette er begreper som ikke nødvendigvis tilsvarer vår definisjon av sivile saker og straffesaker. Hva som nærmere ligger i disse autonome begrepene, følger først og fremst av konvensjonspraksis.

⁵⁰ *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands – App. Nr. 14448/88*, dommens § 32: *The requirements inherent in the concept of "fair hearing" are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge. This is borne out by the absence of detailed provisions such as paragraphs 2 and 3 of Article 6 (art. 6-2, art. 6-3) applying to cases of the former category. Thus, although these provisions have a certain relevance outside the strict confines of criminal law (...)the Contracting States have greater latitude when dealing with civil cases concerning civil rights and obligations than they have when dealing with criminal cases.*

⁵¹ Se for eksempel *The Fortum Corporation v. Finland*, App.nr. 32559/96 § 40

kommunikasjon av et prosesskrift til ekteparet Walston krenket retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6, og eventuelt om behandlingen i HRKj hadde reparert en slik krenkelse.

I dommens avsnitt 56 slås de prinsipielle utgangspunkter fast. Kontradiksjonsprinsippet uttrykkes slik: *"in principle the opportunity for the parties to have knowledge of and to comment on all the evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision"*. Kontradiksjonsprinsippet krever altså at partene skal ha adgang til alle de dokumenter som er fremlagt med det for øye å påvirke domstolens avgjørelse. Det er i forhold til dette utgangspunkt ikke nødvendig at de aktuelle dokumenter faktisk har virket inn på avgjørelsen, så lenge formålet med dem var å gjøre nettopp det. Regelen fremstår rent språklig som absolutt, slik at alle brudd på den får virkning. Det ligger imidlertid en kvalifikasjon i relevanskriteriet; at dokumentet skal være fremlagt med det for øye å påvirke avgjørelsens innhold. Hva EMD legger i dette kravet, er ikke opplagt dersom man leser definisjonen isolert.

EMDs angivelse av innholdet i prinsippet om partenes likestilling, virker umiddelbart mer relativistisk: *"a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent"*. Partene skal ha en rimelig mulighet til å fremlegge sin sak uten å stilles i vesentlig ulempe i forhold til motparten. Det vil alltid være ulikheter mellom partene, uten at alle disse ulikheter nødvendigvis vil være av betydning i den vurdering EMD foretar. Dersom en parts sterkere stilling ikke har betydning for utfallet av saken, kan en tenke seg at den annen part like fullt har hatt "en rimelig mulighet til å fremlegge sin sak".

Domstolen går i dommens avsnitt 58 over til å gjøre rede for dokumentets relevans. Det blir lagt vekt på at prosesskriftet relaterte seg direkte til det materielle spørsmål som skulle avgjøres for lagmannsretten, nemlig habilitetsspørsmålet. Dette kan tolkes som en referanse til utgangspunktet; prosesskriftet er fremlagt med det for øye å påvirke retten, og er således relevant. Videre påpekes at klagerne mener prosesskriftet inneholdt nye opplysninger om faktum. Det er ut fra domspremissene noe uklart hvorvidt også EMD legger dette til grunn for inhabilitetsspørsmålets del, men det legges klart til grunn at prosesskriftet inneholdt nye opplysninger om lånekravets størrelse. Det er i denne sammenheng grunn til å peke på at lånekravets størrelse i denne saken var helt uten betydning for den avgjørelse lagmannsretten skulle ta stilling til. Kjæremålet til lagmannsretten begrenset seg til spørsmålet om habilitet.

Totalt sett virker det som om EMD i avsnitt 58 forsøker å understreke betydningen av prosesskriftets innhold. Dersom man skal ta utgangspunktet for kontradiksjonsprinsippet bokstavelig er dette strengt tatt unødvendig, utover for å påpeke at prosesskriftet er avgitt for å påvirke retten. Innholdet i prosesskriftet, og dets påvirkningskraft, skulle da være underordnet.

Domstolen kommer fram til at Walston hadde en "*legitimate interest*" i å få oversendt prosesskriftet. Spørsmålet er hva som ligger i begrepet "*legitimate interest*".

Umiddelbart høres det ut som det ligger en slags kvalifikasjon i begrepet, slik at det ikke ville kunne foreligge krenkelse dersom Walston ikke hadde hatt slik berettiget interesse. Ut fra EMDs argumentasjon i forkant av denne delkonklusjonen, er det ikke opplagt hva som skal til for å oppnå "*legitimate interest*". Som nevnt ovenfor er det lett å få inntrykk av at EMD har vektlagt betydningen av prosesskriftet, og at det muligens er dette som gir Walston berettiget interesse. Dersom det er en holdbar tolkning av dommen, kan vurderingen ligne på den norske vurderingen.

Videre slår domstolen fast at det ikke er nødvendig å vurdere hvorvidt unnlatelsen "*caused the applicants prejudice*", med andre ord om den har virket inn på resultatet. Dette er i og for seg ikke så overraskende. Også etter norsk rett er det tilstrekkelig at en feil *kan* ha virket inn på resultatet, det er ikke nødvendig å undersøke om den faktisk har gjort det. Videre, nærmest som en konsekvens av dette, sier domstolen at "*the existence of a violation is conceivable even in the absence of prejudice*". Setningen er hentet fra en rekke tidligere EMD-dommer⁵², og oftest brukt i forbindelse med drøftelse av om søkeren var "victim" (EMK artikkel 34) eller ikke. Men heller ikke denne formuleringen sier noe mer enn det som følger av norsk rett.

Videre slår EMD fast at "*the mere fact that the applicants were unable to respond meant that they were placed at a disadvantage vis-à-vis the Bank in the High Court proceedings, in a manner at variance with the fair hearing guarantee (...)*". Dette er interessant av flere grunner. Først og fremst tyder måten domstolen formulerer seg på,

⁵² Adolf v Austria – App. nr. 8269/78, Artico v Italy – App. nr. 6694/74, Corigliano v Italy – App. nr. 8304/78, Eckle v Germany – App. nr. 8130/78, Inze v Austria – App. nr. 8695/79, Lüdi v Switzerland – App. nr. 12433/86, Amuur v France – App. nr. 19776/92, Nsona v The Netherlands – App. nr. 23366/94, Balmer-Schafroth and others v Switzerland – App. nr. 22110/93, Di Mauro v Italy – App. nr. 34256/96, Brumarescu v Romania – App. nr. 28342/95

at det er prinsippet om partenes likestilling som er krenket⁵³. Dette har i utgangspunktet ingen betydning, ettersom både dette prinsippet og kontradiksjonsprinsippet utløper fra "fair hearing"-begrepet. Men i forhold til den definisjon EMD ga av

likestillingsprinsippet tidligere i dommen, er det interessant. Som nevnt ovenfor, er det ting som tyder på at prinsippet om partenes likestilling er mer relativistisk enn kontradiksjonsprinsippet. Det kan forklare domstolens fokus på prosesskriftets innhold.

Videre er det interessant at domstolen slår fast at det faktum at ekteparet Walston ikke hadde anledning til å kommentere på prosesskriftet, i seg selv satt dem i ugunst i forhold til banken. Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordet ugunst

("disadvantage"), mener jeg det er forsvarlig å forstå dommen slik at det kreves en *mulighet* for innvirkning for at krenkelse skal kunne konstateres. Men dette er på ingen måte noen sikker konklusjon. Slik saksforholdet fremstår var det reelt sett ingen slik mulighet. Som jeg skal komme tilbake til⁵⁴, er det for kontradiksjonsprinsippets vedkommende enda mer usikkert om et slikt "relativitetsprinsipp" kan legges til grunn.

Av norsk Høyesterett er dommen i ettertid tolket slik at EMD overhodet ikke tar stilling til innvirkningsspørsmålet⁵⁵.

EMD slår altså fast at lagmannsrettsbehandlingen krenket EMK artikkel 6, og går i dommens avsnitt 59 over til å drøfte statens reparasjonsanførsel. Staten hadde anført at siden HRKj hadde kompetanse til å oppheve lagmannsrettsdommen på grunnlag av eventuelle prosessuelle feil, var en eventuell krenkelse reparert. EMD var ikke enig i dette, og begrunner det svært kort, i én setning: "[HRKj] *confined itself to a finding that the High Court's omission did not amount to a procedural error under national law, on the ground that, according to the High Court's assessment, the observations contained no information of any importance for its decision*".

HRKjs behandling avvises med andre ord som irrelevant ettersom den begrenser seg til å vurdere om lagmannsrettens behandling var i tråd med interne prosessuelle regler.

Det er ikke overraskende at EMD ikke lar interne norske prosessregler være avgjørende for hvorvidt krenkelsen er reparert eller ikke, og det er derfor i prinsippet naturlig at

⁵³ Formuleringen om "*disadvantage vis-à-vis the Bank*" er i alle fall nesten identisk med den som brukes når prinsippet defineres i dommens § 56.

⁵⁴ Nedenfor, oppgavens punkt 3.3

⁵⁵ HR-2004-00112u og Rt. 2003 s. 1682

EMD ikke legger betydelig vekt på forhandlingene i HRKj, som gjaldt spørsmålet om lagmannsrettsbehandlingen var i tråd med tvml. § 401 annet ledd. Men dersom man ser på *innholdet* i HRKjs drøftelse, er dette ikke lenger åpenbart. Tvml. § 401 annet ledd bestemmer at retten under forberedelsen av et kjæremål skal gi motparten underretning om en skriftlig uttalelse dersom det i denne påberopes nye faktiske opplysninger som ikke åpenbart er uten betydning. Den materielle drøftelsen for HRKj er altså, slik EMD for så vidt nevner, hvorvidt prosesskriftet har kunnet ha betydning for resultatet eller ikke. Det må dessuten antas at den norm tvml. § 401 gir anvisning på er enda strengere enn den som følger av tvml § 384.

Dersom man forutsetter at prosesskriftets innhold var en relevant faktor for EMD i vurderingen av om det forelå krenkelse eller ikke, er det underlig at behandlingen i kjæremålsutvalget avvises som irrelevant på såpass formelt grunnlag. Særlig ettersom HRKj behandler spørsmålet forholdsvis grundig. De punkter i prosesskriftet som Walston mente var nye opplysninger, er drøftet enkeltvis og funnet irrelevante for den avgjørelse lagmannsretten skulle treffe. Dette er dessuten klart en sivil sak – også etter EMK – der statene i prinsippet skal ha større slingringsmonn enn i straffesaker.

Et nærliggende spørsmål er om HRKj kunne ha forhindret krenkelse ved å formulere seg annerledes, herunder hvordan EMD hadde stilt seg til dommen i HRKj dersom denne hadde tatt opp forholdet til EMK.

Walston etterlater seg altså mange åpne spørsmål, særlig med hensyn til to av mine problemstillinger: Er kontradiksjonsprinsippet og prinsippet om partenes likestilling etter EMK artikkel 6 absolutte regler i den forstand at EMD ikke behøver å skjele til feilens innvirkning på resultatet? Og dersom de skulle være det, hvordan skal en slik feil rettes opp i overinstansen?

3.3 Innvirkningskriteriet

Et viktig spørsmål er altså om EMD konstaterer krenkelse *helt uavhengig* av en feils innvirkning på resultatet. Dersom det er tilfelle, kan man si at kontradiksjonsprinsippet og prinsippet om partenes likestilling er *absolutte* regler. I motsatt fall kan man tale om *relative* regler, der brudd ikke ubetinget skal tillegges virkning. Skillet ligner på det skillet vi kjenner fra norsk prosessrett mellom absolutte og relative

opphevelsesgrunner⁵⁶. Spørsmålet er viktig fordi brudd på en absolutt regel vanskeligere vil kunne repareres uten opphevelse, enn brudd på en relativ regel.

Det som i alle fall må være klart, er at EMK ikke krever at en feil *har* virket inn på resultatet for at den skal krenke konvensjonen. Dette er eksplisitt sagt i flere dommer, blant annet Walston. Det er dessuten en naturlig konsekvens av at rettergangsreglene skal *sikre* riktige avgjørelser, og at det ofte kan være vanskelig å godtgjøre hva som faktisk har virket inn.

EMD har de siste 40 årene i mange sammenhenger lagt stadig større vekt på hvordan en situasjon fremstår utad, såkalt "appearances"⁵⁷. Dette hensynet står til en viss grad i et spenningsforhold til tanken om at saksbehandlingsreglene først og fremst skal sikre riktig resultat. "Appearances" vil kunne føre til at feil i rettergangen i større grad tillegges vekt uavhengig av potensiell innvirkning.

Tradisjonelt har denne typen hensyn særlig vært aktuelle i vurderingen av inhabilitet, uavhengighet og upartiskhet, men har altså i senere tid blitt brukt i andre sammenhenger.

Selve begrepet "appearances" ble første gang introdusert av EMD i saken Delcourt mot Belgia⁵⁸. Det var en straffesak der retten under hovedforhandlingen blant annet hadde hørt en representant for generalprokuratoren som anførte at anken måtte forkastes. Tiltalte hadde ikke anledning til å kommentere generalprokuratorens innlegg. Samme representant var til stede også under rettens rådslagning, dog uten stemmerett. For EMD var spørsmålet blant annet om ordningen var stridende mot prinsippet om partenes likestilling. Det ble ikke konstatert krenkelse, men domstolen understreket at man ved vurderingen måtte skjele hen til hvordan et slikt system fremstod utad.

Tjue år seinere kom en lignende sak opp, Borgers mot Belgia⁵⁹, der klageren var domfelt for dokumentfalsk. Saksforholdet var i hovedsak det samme som i Delcourt-dommen. EMD kom i plenum til at ordningen krenket prinsippet om partenes likestilling. Domstolen understreket at generalprokuratoren rent faktisk var upartisk og

⁵⁶ Tvml § 384 første ledd og Strpl § 343 første ledd gir uttrykk for hovedregelen, "relativisme", mens bestemmelsenes andre ledd regner opp de absolutte opphevelsesgrunner.

⁵⁷ Jf. Blant annet Harris m.fl. 1995, side 208

⁵⁸ Delcourt v Belgium, App. nr. 2689/65

⁵⁹ Borgers v. Belgium, App. nr. 12005/86

uavhengig, men at EMDs forhold til "appearances" hadde undergått en betydelig endring siden Delcourt-saken⁶⁰. Når generalprokuratoren gikk inn for at anken skulle forkastes eller henvises, *fremstod* han som tiltaltes motpart eller allierte, og de privilegier han nøy i forhold til forsvarerne medførte følgelig et brudd på prinsippet om partenes likestilling. Dommen har etter mitt skjønn betydelig vekt fordi den er avsagt i plenum, men også fordi Domstolen i praksis kommer til at et medlemslands organisering av domstolene *i seg selv* er i strid med konvensjonen, noe EMD tradisjonelt sjelden gjør.

Sakene dreier seg direkte om hvem som skal regnes som *motpart* etter konvensjonens regler, men EMDs vektlegging av "appearances" kan være interessant også for vår problemstilling. Hensynet er tillagt vekt også i lignende sivile saker⁶¹.

Når "appearances" tillegges helt avgjørende vekt i Borgers-saken, må dette tolkes som et signal fra domstolen om at dette er et svært viktig hensyn også i forhold til prinsippet om partenes likestilling. Og "appearances" er en type hensyn som utmerker seg ved nettopp å ikke ta innvirkning i betraktning. Tung vektlegging av denne typen hensyn – det annet av de to grunnhensyn – vil derfor lett føre til absolutte regler.

Problemet med denne typen hensyn er at det må foretas en vurdering av hvordan "folk flest" vil oppfatte en gitt situasjon, noe som ikke er en eksakt vitenskap. Klart nok vil en feil lettere fremstå som uheldig dersom den *kan* ha virket inn på resultatet, enn dersom dette ikke er sannsynlig. Men også i de tilfellene der det *ikke* er en rimelig mulighet for innvirkning på resultatet, vil publikum kunne oppfatte det som urettferdig at en feil ikke får virkning. Da regelen om relative opphevelsesgrunner ble innført i norsk straffeprosess i 1887, skrev for eksempel Glaser⁶² at når saksbehandlingsreglene – som nettopp var gitt for å sikre rettergangens troverdighet – var tilsidesatt, ville det kun unntagelsesvis være mulig å fastslå at "*sagen ikke har lidt under formens tilsidesættelse*".

⁶⁰ Ibid. § 24: "It is, however, necessary to consider whether the proceedings before the Court of Cassation also respected the rights of the defence and the principle of the equality of arms, which are features of the wider concept of a fair trial (...). This has undergone a considerable evolution in the Court's case-law, notably in respect of the importance attached to appearances and to the increased sensitivity of the public to the fair administration of justice"

⁶¹ Blant annet Vermeulen v Belgium, App. nr. 19005/91 og 19006/91

⁶² Sitert i Hagerup I 1904 side 76

Det skal dog sies at domstolen heller ikke i senere tid alltid lar "appearances" være avgjørende. Et eksempel er van Droogenbroeck mot Belgia⁶³, som gjaldt artikkel 5, der domstolen slo fast at: *"Be that as it may, one must look beyond the appearances (...) and concentrate on the realities of the situation."*

"Appearances" er imidlertid kun ett av flere hensyn, og det blir nødvendig å se konkret på hvordan EMD argumenterer for å få et fullstendig bilde av gjeldende rett. Det er de siste årene avsagt flere dommer – særlig mot Finland – som direkte behandler betydningen av en feils innvirkning på resultatet. Jeg skal i det følgende gi en analyse av noen av disse dommene.

Saken K.S. mot Finland⁶⁴ gjaldt en mann som gikk til sak mot staten etter at han ble nektet arbeidsledighetstrygd på det grunnlag at han angivelig selv var skyld i oppsigelsen. Domstolen ba om en redegjørelse fra blant andre Arbeidsløshetskassen (Unemployment Fund), der denne gav en vurdering av beslutningen om å nekte arbeidsledighetstrygd. Denne redegjørelse ble aldri kommunisert til klageren.

Staten anførte at dette ikke kunne føre til krenkelse, da *"[the] opinions had not revealed any facts which could have affected the outcome of the case, nor had any fresh evidence been adduced in relation to such facts"*. Det faktum at redegjørelsene ikke hadde kunnet virke inn på avgjørelsens innhold ble ikke kommentert av EMD, men krenkelse ble likevel konstatert. Om innvirkningsspørsmålet skriver domstolen *"The Court notes that the opinions in question constituted reasoned opinions on the merits of the applicant's appeals, manifestly aiming at influencing the decisions of (...) the Insurance Court by calling for the appeals to be dismissed. Whatever the actual effect which the various opinions may have had on the decision of the Insurance Court in the final instance, it was for the applicant to assess whether they required his comments"*.

Som vi husker fra blant annet Walston-dommen bruker EMD formålet med avgivelsen som relevanskriterium i forhold til kontradiksjonsprinsippet. Men deretter sier altså domstolen at unnlatelse av å kommunisere dokumenter som er avgitt med det for øyet å innvirke på avgjørelsen, *uansett* faktisk innvirkning på resultatet medfører krenkelse. Som jeg skal komme tilbake til nedenfor, er denne setningen gjentatt i en rekke senere dommer. Selv om formuleringen umiddelbart fremstår som absolutt, sier den fortsatt

⁶³ Van Droogenbroeck v. Belgium, App. nr. 7906/77

⁶⁴ K.S. v. Finland, App.nr. 29346/95

rent språklig ikke mer enn det som følger av norsk rett; om feilen rent faktisk har virket inn eller ikke er uten betydning. Det blir derfor nødvendig å se nærmere på den konkrete begrunnelsen i disse dommene, spesielt på hva som ligger i det at formålet med avgivelsen må være å virke inn på avgjørelsens innhold.

I dommen K.P. mot Finland⁶⁵, avsagt samme dag som K.S. mot Finland, var det klagerens motpart som hadde avgitt uttalelser som ikke var kommunisert klageren. Staten anførte også i denne saken at uttalelsene ikke innholdt ny informasjon for klageren, og at avgjørelsen således ikke hadde blitt påvirket. EMD fant krenkelse, fordi uttalelsene åpenbart tok sikte på å påvirke avgjørelsens innhold gjennom *begrunnede argumenter direkte rettet mot klagerens anke*⁶⁶. Slik argumenteres det også i flere andre dommer⁶⁷. Det kan vel anføres at denne formuleringen setter et visst krav til saklighet og rimelighet som kan minne om et krav om potensiell innvirkningskraft. I alle fall ser vi at EMD bruker uttalelsenes saklighet i relevansvurderingen. Imidlertid kommenterer ikke domstolen hvorvidt det kom fram nye argumenter eller ikke i uttalelsen.

Saken The Fortum Corporation mot Finland⁶⁸ gjaldt et selskap som var pålagt en administrativ bot for misbruk av markedsrett⁶⁹. Under rettssaken la konkurransemyndighetene frem flere uttalelser for retten som ikke ble kommunisert til Fortum Corp. Den siste av disse uttalelsene kom etter at retten var hevet, men før dom var avsagt. Selv om EMD også i denne dommen understreket at krenkelse kunne konstateres uansett innvirkning på resultatet, påpekte domstolen at man ikke helt kunne utelukke at også den siste uttalelsen kunne ha virket inn på resultatet⁷⁰. Man kan argumentere for at krenkelse ikke kunne ha forekommet for dette dokumentets

⁶⁵ K.P. v. Finland, App. Nr. 00031764/96

⁶⁶ Ibid. § 27: "*the opinions in question constituted reasoned opinions on the merits of the applicant's appeals, manifestly aiming at influencing the decisions of the lower appellate bodies and the Insurance Court by calling for the appeals to be dismissed*"

⁶⁷ K.S. v. Finland, App.nr. 29346/95, H.A.L. v. Finland, App.nr. 38267/97, Fortum Corporation v. Finland, App.nr. 32559/96, Walston v. Norway, App.nr. 37372/97

⁶⁸ The Fortum Corporation v. Finland, App.nr. 32559/96

⁶⁹ Dommen er for øvrig interessant, i det EMD ikke tar stilling til hvorvidt saken etter konvensjonen skal betegnes som en sivil sak eller som en straffesak.

⁷⁰ The Fortum Corporation v. Finland § 41: "*... even though the case had already been deliberated on prior to the Competition Office's submission of a second memorandum dated 19 June 1995, it cannot be entirely excluded that this document nevertheless influenced the final drafting of its decision*"

vedkommende dersom innvirkning hadde vært *helt utelukket*. I motsatt fall hadde det jo vært unødvendig å diskutere dens potensielle innvirkningskraft. Imidlertid er det grunn til å være forsiktig med antitetiske slutninger i denne sammenhengen, ettersom det vel er tenkelig at også EMD synes det er lettere å konstatere krenkelse dersom den samtidig kan konstatere at feilen har innvirkningskraft. Dommen er dessuten tvetydig, ettersom krenkelse uansett kunne konstateres på grunn av de uttalelser som kom før retten ble hevet.

I H.A.L. mot Finland⁷¹, som gjaldt en sivil sak, utdyper domstolen hva som ligger i relevanskriteriet. Det konstateres i dommens § 45 at en domstol har plikt til å kommunisere alle sakens dokumenter selv om de bare *potensielt* kan ha innvirkning på resultatet⁷². Antitetisk kan en slutte at en part *ikke* har krav på saksdokumenter som *ikke kan* virke inn på resultatet. Det betyr i så fall at kontradiksjonsprinsippet er en relativ regel. Det er imidlertid usikkert om en slik antitese er holdbar, ettersom uttalelsen er gitt i et avsnitt som egentlig ikke behandler innvirkningens betydning, men interne domstolars aktivitetsplikt i forhold til å kommunisere saksdokumenter. I det avsnittet i dommen som direkte behandler betydningen av innvirkning, viser domstolen til dommene K.P. og K.S. mot Finland, og uttalelsene der. H.A.L. mot Finland er avsagt 27. januar 2004, og er foreløpig ikke fulgt opp.

Ut fra de dommene jeg har funnet, er det altså ikke helt klart om det gjelder et krav om potensiell innvirkning for at et brudd på kontradiksjonsprinsippet skal medføre krenkelse av konvensjonen. Mitt helhetsinntrykk, etter å ha lest en god del dommer, er imidlertid at EMD neppe vil konstatere krenkelse dersom innvirkning er teoretisk helt utelukket. For eksempel vil neppe domstolen konstatere krenkelse dersom et prosesskrift som er fullstendig irrelevant for saken ikke er kommunisert motparten, uansett om avgiver subjektivt sett forsøkte å påvirke rettens beslutning. Dette kan blant annet begrunnes i relevanskriteriet, som i flere av dommene er presisert slik at det er oppfylt bare dersom det gjelder begrunnede argumenter *direkte rettet mot sakens gjenstand*.

Imidlertid understreker EMD stadig i tilfeller der det er spørsmål om et dokument er relevant eller ikke, at det må være opp til parten å vurdere hvorvidt dokumentet krever

⁷¹ H.A.L. v. Finland, App.nr. 38267/97

⁷² Ibid § 45: "...even if only potentially relevant to the outcome of the matter."

hans kommentar eller ikke⁷³. Dette kan sees på som en konsekvens av EMDs betoning av "appearances"; utad fremstår det ryddigst at parten selv vurderer alle bevis i saken. I Ziegler-saken⁷⁴ skriver domstolen at et en redegjørelses faktiske innvirkning var av liten betydning, nettopp fordi det måtte være opp til parten hvorvidt den var viktig eller ikke. Som begrunnelse anfører domstolen at partenes tiltro til rettssystemet står på spill dersom de ikke selv kan vurdere betydningen av alle sakens dokumenter. Altså et rent "appearances"-argument.

Følgelig settes det en *svært* lav terskel for hva som potensielt kan virke inn på resultatet. Prosesskrift og andre dokumenter en domstol typisk benytter seg av ved avgjørelsen av en sak, vil derfor gjennomgående ha en potensiell innvirkningskraft, uten at det foretas noen inngående vurdering av om dette faktisk kan være tilfelle.

Man får dermed en regel som prinsipielt sett er relativ, men som for de fleste praktiske formål virker absolutt.

3.4 Nasjonal reparasjon

3.4.1 Reparasjon i tilfeller der overinstansen tar stilling til realiteten

Der et brudd på kontradiksjonsprinsippet eller på prinsippet om partenes likestilling skjer i første- eller underinstans, oppstår spørsmålet om hva som skal til for at overinstansen skal reparere den oppståtte krenkelsen.

Som tidligere nevnt er det prosessen som helhet som skal vurderes når spørsmålet om rettferdig rettergang dukker opp⁷⁵. Domstolen har i den forbindelse uttalt at det er en nødvendig øvelse å kontrollere om eventuelle ankeinstanser har avhjulpet uregelmessigheter i underinstansene⁷⁶.

⁷³ Lanz v. Austria – App.nr. 24430/94 § 58, Bulut v. Austria – App.nr.17358/90 § 49, Apeh Uldozotteinek Szovetsege and others v. Hungary – App.nr. 32367/96 § 42, Josef Fischer v. Austria – App.nr. 33382/96, Walston v. Norway, App.nr. 37372/97, Komanicky v. Slovakia – App.nr. 32106/96, K.S. v. Finland – App.nr. 29346/95, H.A.L. v. Finland – App.nr. 38267/97, K.P. v. Finland – App. Nr. 31764/96, Ziegler v. Switzerland – App.nr. 33499/96 m.fl.

⁷⁴ Ziegler v. Switzerland – App.nr. 33499/96

⁷⁵ For eksempel Kyprianou v. Cyprus – App.nr. 73797/01, Dallos v. Hungary – App.nr. 29082/95, Mialhe v. France – App.nr. 18978/91

⁷⁶ Mialhe v. France – App.nr. 18978/91 § 43

Der den nasjonale domstolen foretar en fullstendig prøving av saken i overensstemmelse med artikkel 6, kan det være mindre grunn til å la en feil føre til krenkelse enn der det foretas en begrenset prøvelse.

I drøftelsen nedenfor vil jeg tidvis vise til dommer som gjelder andre sider av retten til rettferdig rettergang enn retten til kontradiksjon og retten til likestilling. Det er i utgangspunktet ikke utelukket at det gjelder egne regler for reparasjon for visse av rettighetene etter artikkel 6. Imidlertid bruker EMD prinsipper utpenslet i forhold til én rettighet også i forhold til de andre⁷⁷, noe som kan tyde på at reglene er like for noen eller alle rettighetene. Dette er likevel en systematisk svakhet ved drøftelsen nedenfor. Til tross for denne potensielle svakhet, mener jeg EMDs resonnement i forhold til én rettighet etter artikkel 6 kan være illustrerende for hvordan domstolen tenker også i forhold til de andre rettighetene.

Siste del av drøftelsen er konsentrert utelukkende om dommer som direkte omhandler kontradiksjonspinsippet eller prinsippet om partenes likestilling.

I *Albert og Le Compte mot Belgia*⁷⁸ kommenterer domstolen for første gang spørsmålet om reparasjon ved overprøving. Saken gjaldt i korthet om et disiplinærorgan for leger fylte konvensjonens krav til ”independent and impartial tribunal”. Domstolen uttalte at slike organer ikke i seg selv er i strid med konvensjonen såfremt de enten selv fyller kravene i artikkel 6 *eller er gjenstand for judisiell kontroll av et organ som har full jurisdiksjon*⁷⁹. En domstol kunne altså reparere eventuelle svakheter ved den administrative behandling av en sak, forutsatt at den har full kompetanse og rettergangen oppfyller de krav artikkel 6 stiller. Dette er fulgt opp i flere senere dommer⁸⁰.

Dette er prinsipielt noe annet enn reparasjon av en underordnet domsavgjørelse, men dommen viser at en domstol kan rette opp mangler ved saksbehandlingen til et underordnet tvisteløsningsorgan. Hensynene vil dermed i stor grad være sammenfallende.

⁷⁷ Se for eksempel *Twalib v. Greece* – App.nr., 24294/94, *Fischer v. Austria* – App.nr. 16922/90, *Riepan v. Austria* – App.nr. 35115/97 og *Weber v. Switzerland* – App.nr. 11034/84

⁷⁸ *Albert and Le Compte v. Belgium* – App.nr. 7299/75 og 7496/76

⁷⁹ *Ibid.* § 29

I en senere dom, *De Cubber mot Belgia*⁸¹, anførte staten at dette også måtte gjelde der det underordnede organ internt var klassifisert som en domstol. Det var EMD ikke enig i. Saken gjaldt inhabilitet i underinstansen, men uttalelsene omkring dette er generelle. Staten anførte prinsipalt at inhabilitet ikke forelå i underinstansen, subsidiært at det var tilstrekkelig at overinstansens behandling var i tråd med konvensjonen. Domstolen kom til at førsteinstansen hadde vært inhabil, og pekte på at artikkel 6 først og fremst gjelder for førsteinstansdomstolene. Eventuelle ankemuligheter er noe statene frivillig innfører⁸². Det at statene har innført ankedomstoler med full kompetanse, kunne ikke få den konsekvens at artikkel 6 ikke fikk anvendelse på førsteinstansdomstolen. Det ville i så fall være i strid med det underliggende formål med flerinstanssystem, nemlig å øke rettssikkerheten⁸³. Rettergangen hadde derfor krenket artikkel 6.

EMD holder likevel døren åpen for at en domstol med full kompetanse kan reparere feil gjort i underinstansen. I det foreliggende tilfelle, der overinstansen *hadde* full kompetanse, kunne det allikevel ikke skje fordi *"The particular defect in question did not bear solely upon the conduct of the first-instance proceedings: its source being the very composition of the Oudenaarde criminal court, the defect involved matters of internal organisation and the Court of Appeal did not cure that defect since it did not quash on that ground the judgment of 29 June 1979 in its entirety."*⁸⁴

Feilen besto ikke i gjennomføringen av rettsforhandlingene, men i den interne organiseringen av domstolene. I slike tilfeller er ikke reparasjon mulig, og EMD henviser overinstansen til opphevelse. Dommen er senere tolket slik at reparasjon ikke kunne skje fordi feilen var svært alvorlig⁸⁵. Det synes dermed som om EMD ikke kunne akseptere at førsteinstansdomstolen *i tråd med nasjonal lov* i mange tilfeller ville være i strid med artikkel 6, selv om saken i det konkrete tilfelle hadde vært gjenstand for full overprøving.

⁸⁰ For eksempel *Bryan v. The United Kingdom* – App.nr. 19178/91 § 40, *Kingsley v The United Kingdom* – App.nr. 35605/97 § 32

⁸¹ *De Cubber v. Belgium* – App.nr. 9186/80

⁸² Dommen er avsagt før protokoll 7 ble vedtatt, og protokollens artikkel 2 om ankerett i straffesaker var følgelig ikke i kraft.

⁸³ Dommens § 32 andre avsnitt: *"Such a result would be at variance with the intention underlying the creation of several levels of courts, namely to reinforce the protection afforded to litigants."*

⁸⁴ Dommens § 33 siste avsnitt.

EMD argumenterer først og fremst med at en overordnet domstol med full kompetanse ikke kan innskrenke EMKs anvendelsesområde slik at førsteinstansens behandling av en sak ikke skal vurderes for EMD. Det vil si at enkelte feil kan medføre krenkelse selv om det er gjennomført ny fullstendig hovedforhandling.

Umiddelbart synes resultatet overraskende. Dersom overinstansen prøver saken i sin fulle bredde, og behandlingen her er konvensjonsmessig, er det vanskelig å se gode grunner for å konstatere krenkelse. Den eneste relevante forskjellen fra *Albert og Le Compte*-saken er at førsteinstansen i *De Cubber* internt var klassifisert som domstol. Det kan etter mitt skjønn argumenteres for at EMD i denne saken mislykkes i å ta tilbørlig hensyn til at konvensjonsorganenes tilsyn er forutsatt å være subsidiært – både i tid og omfang – til statenes eget tilsyn.

I saken *Riepan mot Østerrike* uttaler domstolen at det samme gjelder i forhold til kravet om offentlighet: Det er ikke *tilstrekkelig* at en overordnet domstol har full kompetanse. I saken hadde kravet til offentlighet blitt krenket i underinstansen. EMD kom til at selv om overinstansen hadde full kompetanse, kunne behandlingen ikke reparere denne feilen, da bevisføringen for ankeinstansen rent faktisk hadde vært svært begrenset. Når overinstansen til tross for at den hadde full kompetanse rent faktisk har gjennomført en hovedforhandling som er mindre grundig enn førsteinstansbehandlingen, er denne løsningen lettere å forsvare enn i *De Cubber*-dommen. Dersom overinstansens behandling ikke i realiteten tilsvarende førsteinstansbehandling, kan det være grunn til å tro at overinstansen i noen grad kan være nødt til å lene seg på førsteinstansens vurdering av fakta, ettersom de ikke har gjennomført bevisføring i full bredde. Hensynet til offentlighetens tiltro til rettssystemet får da større gjennomslagskraft. På den annen side gjenstår det faktum at overinstansbehandlingen tilfredsstilte kravene i artikkel 6, og at rettergangen dermed ville oppfylt kravene etter konvensjonen dersom dette var eneste instans. Paradokset er at EMD dermed skaper et strengere norm for overinstansen enn forholdet ville vært for en førsteinstans. Statene ender opp med mindre ”margin of appreciation” dersom de har flerinstanssystem enn om de hadde hatt bare én instans.

Både *De Cubber*- og *Riepan*-dommen gjelder alvorlige straffesaker etter intern rett, og i saken *Findlay mot Storbritannia* uttaler EMD at retten til *førsteinstansbehandling* som

⁸⁵ *Twalib v. Greece* – App.nr. 24294/94, i dissenterende dommers votum.

ivaretar alle kravene etter artikkel 6, særlig gjelder for slike alvorlige straffesaker⁸⁶. Men setningen om at avgjørelser tatt av administrative myndigheter som ikke selv oppfyller kravene i artikkel 6 må være underlagt domstolskontroll med full kompetanse, er også blitt brukt i rent sivile saker⁸⁷.

Spørsmålet om hva som ligger i begrepet "*full jurisdiction*" har også vært behandlet i flere saker for EMD. Det synes klart at utgangspunktet er at overinstansen må ha kompetanse til å vurdere så vel sakens faktiske som rettslige side⁸⁸. Det er ikke nødvendig at domstolen selv kan avsi materiell dom. Det er tilstrekkelig at domstolen, dersom den finner at sakens faktiske side er vurdert feil, opphever underinstansens avgjørelse eller hjemviser saken med instruksjon om hvordan den skal avgjøres⁸⁹.

For å sammenfatte; det er altså ingen *automatikk* i at en overprøving med full kompetanse avhjelper en feil i underinstansen. Imidlertid gjelder dommene jeg henviser til ovenfor inhabilitet og offentlighet; områder der "appearances"-hensynet tradisjonelt har hatt høy vekt. Det er lett å tenke seg at dette kan være annerledes i forhold til kontradiksjon og prinsippet om partenes likestilling.

Den praksis jeg har funnet i forhold til disse prinsippene, gjelder straffesaker der påtalemyndigheten har holdt tilbake bevis for førsteinstansdomstolen. Slike mangler ved rettergangen synes å falle utenfor den definisjonen av kontradiksjonsprinsippet som er gitt av EMD, blant annet i Walston-dommen. Så lenge bevisene ikke er ført for domstolen, utgjør tilbakeholdelsen etter definisjonen ikke et brudd på kontradiksjonsprinsippet. Hvorvidt en slik mangel kan sies å være en krenkelse av prinsippet om partenes likestilling – altså om tiltalte gis en rimelig mulighet til å fremlegge sin sak uten å stilles i vesentlig ugunst i forhold til motparten – er språklig sett mer åpent.

EMD kommer i Rowe og Davis mot Storbritannia (nedenfor) fram til at slik tilbakeholdelse *er* brudd på prinsippet om kontradiksjon og prinsippet om partenes likestilling, uten at dette utdypes. I dommene Edwards mot Storbritannia og I.J.L m.fl

⁸⁶ Findlay v. The United Kingdom – App.nr. 22107/93 § 79

⁸⁷ Bryan v. The United Kingdom – App.nr. 19178/91 § 40, Fischer v. Austria – App.nr. 16922/90 § 28 og Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic – App.nr. 29010/95 § 68

⁸⁸ Zumtobel v. Austria – App.nr. 12235/86, Obermeier v. Austria – App.nr. 11761/85

⁸⁹ Fischer v. Austria – App.nr. 16922/90

mot Storbritannia (nedenfor) synes det imidlertid som påtalemyndighetenes plikt til å legge frem bevis i en straffesak presenteres som en særskilt plikt under ”fair trial”-standarden. Men nærheten både til kontradiksjonsprinsippet og prinsippet om parternes likestilling understrekes i begge disse dommene, og EMD bruker mye plass i begge dommene på å beskrive også disse prinsippene.

Uansett er både kontradiksjonsprinsippet og påtalemyndighetenes plikt til å legge frem alle bevis primært begrunnet med hensynet til sakens opplysning og grunnleggende rettferdighetsbetraktninger, og praksis omkring hva som kreves for reparasjon i forhold til det ene tilfellet vil slik sett ha relevans også i forhold til det andre. Jeg mener derfor det er forsvarlig å anta at EMDs dommer om tilbakeholdelse av bevis er relevante for denne oppgavens problemstilling.

Den sentrale dommen er Edwards mot Storbritannia⁹⁰. Jeg vil i det følgende gi en forholdsvis grundig redegjørelse for denne dommen, ettersom det i senere saker der reparasjon blir diskutert ofte blir henvist til denne dommen.

Edwards ble dømt for flere innbrudd og ran på grunnlag av en usignert og bestridt tilståelse. Han ble dømt av en jury på tolv personer, der ti stemte for fellende dom. Juryavgjørelser skal som utgangspunkt være enstemmige, men fellende dom kan avsies dersom rettens administrator godtar flertallsavgjørelse og minst ti av jurymedlemmene stemmer for domfellelse.

Etter at dommen var avsagt kom det fram at politiet hadde holdt visse bevis skjult for forsvarerne og domstolen, blant annet at et av de angivelige offerene ikke hadde plukket ham ut på en bildegjennomgang, samt at det ble funnet fingeravtrykk fra en nabo på et av åstedene. Dette var informasjon som etter Edwards' oppfatning kunne vært brukt til å så tvil om troverdigheten til politimennene som vitnet i saken mot ham. Edwards klaget etterforskningen inn for innenriksdepartementet, og det ble foretatt en uavhengig granskning av etterforskningen. Som en konsekvens av denne granskningen henviste innenriksdepartementet saken til Court of Appeal.

Court of Appeal (CoA) er et silingsorgan, som vurderer hvorvidt en anke skal slippes gjennom til full behandling eller avvises. Det er tre grunnlag en sak kan henvises på; brudd på saksbehandlingsregler, feil lovanvendelse eller at rettergangen sett under ett er

⁹⁰ Edwards v. the United Kingdom – App.nr. 13071/87

ubetyrleggende eller utilfredsstillende ("*unsafe or unsatisfactory*"). Alle grunnlagene forutsetter at feilen har virket inn på avgjørelsens innhold, men dette vilkåret vil typisk være oppfylt ved vilkåret om at dommen er usikker eller utilfredsstillende.

Ved vurderingen av om en dom er "*unsafe or unsatisfactory*" skal domstolen foreta en selvstendig vurdering av sakens faktiske side. Spørsmålet skal ikke være om underinstansen ville ha kommet til et annet resultat, men om CoA – alle bevisene tatt i betraktning – mener det foreligger rimelig tvil om dommens riktighet eller ikke. Dersom det gjør det, skal saken henvises til full behandling. Dersom CoA kommer til at det er tvil om dommens riktighet på grunnlag av *nye* beviser, skal saken hjemvises til ny behandling i underinstansen.

CoA har kompetanse til å vurdere alle bevis i saken, også de som allerede er ført for underinstansen. Imidlertid er det sjelden dette gjøres i praksis, ettersom domstolen gjerne overprøver juryens avgjørelse⁹¹. I praksis brukes kompetansen til å oppta bevis først og fremst i tilfeller der det er dukket opp nye bevis, som ikke er ført for underinstansen.

I Edwards-saken kom CoA til at feilene ikke sådde tvil om avgjørelsens riktighet, og anken ble avvist. Det ble ikke foretatt nye vitneavhør for CoA, og avgjørelsen ble tatt på grunnlag av rettsboken og en vurdering av de nye bevisene.

Klagen til EMD gjaldt artikkel 6 (3)(d) tatt sammen med artikkel 6 (1), men EMD kom til at artikkel 6 (3)(d) i denne saken ikke gav rettigheter utover det som fulgte av artikkel 6 (1). Domstolen kom videre til påtalemyndighetenes unnlatelse av å legge frem bevisene for underinstansen i utgangspunktet utgjorde en krenkelse av retten til rettfærdig rettergang⁹².

Spørsmålet var derfor om behandlingen for CoA hadde avhjulpet denne feilen. Etter EMDs vurdering hadde den det. Klageren hadde hatt full anledning til å overbevise CoA om at domfellelsen ikke kunne bli stående i lys av de nye bevisene. Forsvarerne hadde ikke ført politimennene som vitner, og denne svakhet ved behandlingen kunne således ikke lastes staten. Domstolen fant derfor at krenkelsen i første instans var

⁹¹ Ibid. § 23. Ut fra dommen synes ikke dette bestridt av staten. I praksis utøver derfor ikke Court of Appeal fullt ut sin kompetanse til å vurdere sakens faktiske side i saker der nye bevis ikke har kommet til.

⁹² Ibid. § 36 og implisitt § 39

reparert ved den etterfølgende behandling i CoA, blant annet under henvisning til De Cubber-dommen (ovenfor).

To dommere dissenterte. Dommer De Meyer på det grunnlag at CoA vanskelig kunne avgjøre hva som ville ha vært juryens avgjørelse dersom de hadde hatt de nye bevisene, dommer Pettiti først og fremst fordi forhandlingene for CoA hadde vært ufullstendige og at domstolen selv skulle tatt initiativ til å avhøre politimennene.

På mange måter er avgjørelsen overraskende, sett i lys av at ankedomstolen bare så de nye bevisene og således ikke hadde fullstendig grunnlag å basere avgjørelsen sin på. Selv om CoA prinsipielt sett har kompetanse til å gjennomføre det som nærmest ville vært en ny fullstendig hovedforhandling, blir dette ikke gjort i praksis. Den vurdering domstolen faktisk foretar, må derfor nødvendigvis bli hvorvidt førsteinstansen ville ha kommet til et annet resultat sett i lys av de nye bevisene. Den har jo ikke grunnlag for å gi en selvstendig vurdering av hele den faktiske siden av saken.

Dersom en aksepterer dette, ligner saksforholdet på det i Walston-dommen. HR vurderte hvorvidt de nye bevisene (det siste prosesskriftet) hadde virket inn.

Umiddelbart synes det derfor som det er et misforhold mellom dommene, særlig fordi Edwards-dommen gjelder en straffesak, der mulighetene for reparasjon – etter EMDs tidligere uttalelser – burde være mindre.

Noen år senere ble dommen Rowe og Davis mot Storbritannia⁹³ avsagt.

Påtalemyndighetene holdt tilbake bevis som talte i de tiltaltes favør under førsteinstanssaken. Dette var i utgangspunktet en krenkelse av kontradiksjonsprinsippet og av prinsippet om partenes likestilling. For Court of Appeal (CoA) ble bevisene lagt frem for dommeren uten at forsvareren var til stede. CoA kom til at bevisene ikke skulle legges frem, og opprettholdt den fellende dom da det ikke engang var en snikende tvil⁹⁴ om dommens "*safety*". EMD kom til at denne fremgangsmåten ville vært i tråd med artikkel 6 dersom den hadde skjedd for førsteinstansdomstolen, men mente at det *ikke* kunne reparere en opprinnelig krenkelse når den skjedde for ankedomstolen⁹⁵. Det ble lagt vekt på at ankedomstolen ikke hadde tilstrekkelig nærhet til bevisføringen til å vurdere de hemmeligholdte dokumentenes relevans. EMD antyder at CoA kunne ha

⁹³ Rowe and Davis v. the United Kingdom – App.nr. 28901/95

⁹⁴ Ibid. § 27 – "lurking doubt"

⁹⁵ Ibid. § 65

blitt påvirket av førsteinstansens fellende dom til å undervurdere de hemmeligholdte bevisenes vekt.

For å skille sakens faktum fra Edwards-saken, understreker domstolen at forsvarerne i Rowe og Davis ikke på noe tidspunkt hadde hatt anledning til å vurdere bevisene og at de dermed ikke hadde hatt anledning til å kommentere hemmeligholdet for CoA.

I flere senere saker, blant annet Jasper mot Storbritannia⁹⁶ og Dowsett mot Storbritannia⁹⁷, har EMD på samme måte kommet til at reparasjon ikke kunne skje fordi forsvaret ikke hadde mottatt alle sakens dokumenter ved behandlingen for CoA.

Samme år ble dommen I.J.L. m.fl. mot Storbritannia⁹⁸ avsagt. Også dette gjaldt en straffesak. Som i Edwards-dommen hadde påtalemyndighetene unnlatt å legge frem bevis som talte til de tiltaltes fordel for underinstansen. Dette var i utgangspunktet en krenkelse av kravet til "fair trial". Da dokumentene ble kjent for klagerne, ble saken henvist til CoA. CoA vurderte bevisene uten å ta nye vitneforklaringer, og uttalte følgende: *"In the case of all four appellants, whilst we have held that the undisclosed material should have been disclosed, we are satisfied that the procedural irregularity which occurred as a result of non-disclosure in fact occasioned no prejudice to them. The verdicts of the jury would inevitably have been the same had disclosure been made."* CoA kom altså til at juryens dom nødvendigvis måtte ha blitt den samme om den hadde fått seg forelagt også de nye bevisene, og avviste anken.

EMD aksepterte at dette var tilstrekkelig til å reparere krenkelsen. Det ble lagt vekt på at behandlingen for CoA hadde vært omfattende. Som i Edwards-saken la domstolen betydelig vekt på at forsvarerne hadde mottatt materialet i forkant av behandlingen for CoA, og at de hadde hatt anledning til å kommentere på det. Ved vurderingen av om mangelen på vitneforklaringer for CoA skulle ha noen betydning, ble det lagt vekt på at forsvarerne ikke hadde begjært dette.

Disse tre dommene gir etter mitt skjønn et forholdsvis godt bilde av EMDs praksis. At overinstansens behandling tilfredsstiller kravene i artikkel 6 er et grunnvilkår for

⁹⁶ Jasper v. the United Kingdom – App.nr. 27052/95

⁹⁷ Dowsett v. the United Kingdom – App.nr. 39482/98, se også Fitt v. the United Kingdom – App.nr. 29777/96

⁹⁸ I.J.L., G.M.R. and A.K.P. v. the United Kingdom – App.nr. 29522/95, 30056/96, 3057/96. Klagerne er for øvrig Saunders' medtiltalte fra den langt mer kjente Saunders-dommen.

reparasjon. Videre er det ønskelig at bevisvurderingen er så omfattende som mulig, slik at reparasjon lettere kan tenkes akseptert dersom overinstansen foretar en grundig behandling av sakens faktiske side. I begge sakene der krenkelsen ble ansett avhjulpet, ble det understreket at behandlingen i ankedomstolen var omfattende og grundig.

Antagelig må det tilsynelatende misforholdet til Walston-saken forklares med hva vurderingstemaet for overinstansen er. CoA vurderer i alle fall prinsipielt sett sakens faktiske side på nytt. Dette underbygges av begrunnelsen i Walston-dommen, der EMD viser til at HRKj begrenser seg til å undersøke om det forelå en *prosessuell feil etter intern rett*, for å begrunne at reparasjon ikke har skjedd. Dersom en ser på realiteten i den behandling Court of Appeal gir, synes dette argumentet uvanlig formalistisk til EMD å være. Også tilsynssystemets subsidiære karakter skulle tilsi at realiteten i overinstansens behandling, og ikke det formelle, er avgjørende for om reparasjon har skjedd.

I saken *Condron mot Storbritannia*⁹⁹ tolker EMD selv Edwards-dommen. Der sier EMD at reparasjon var mulig i Edwards-saken fordi CoA kunne foreta en selvstendig vurdering av den nye informasjonen i lys av forsvarrets argumenter, og vurdere hvorvidt den *ville kunne innvirket på juryens avgjørelse*. Dersom de nye bevisenes innvirkning på resultatet er det sentrale, er det vanskelig å se gode grunner til at avgjørelsen skulle være annerledes i Walston.

Det synes forsvarlig å konkludere at dersom det foretas en ny, fullstendig hovedforhandling, vil brudd på kontradiksjonsprinsippet i underinstansen ikke medføre krenkelse¹⁰⁰. Denne hovedregel kan dog måtte tåle unntak for de tilfeller der feilen ligger i organiseringen av et lands rettssystem, eller andre svært alvorlige defekter, jf det som er sagt ovenfor om De Cubber-dommen¹⁰¹.

Dersom behandlingen for overinstansen reelt sett er begrenset, går EMD mer konkret til verks. I *Condron*-dommen understreket EMD at en vurdering av resultatets "*safety*" må distingveres fra den vurdering som foretas etter artikkel 6. Dersom overinstansens

⁹⁹ *Condron v. the United Kingdom* – App.nr. 35718/97 § 65

¹⁰⁰ Dette ligger underforstått i flere dommer, blant annet *Schuler-Zraggen v. Switzerland* – App.nr. 14518/89. Dessuten er det uttalt i flere avvisningsavgjørelser, blant annet *Denton V. the United Kingdom* – App.nr. 28231/02

¹⁰¹ Se også *C.G. v. the United Kingdom* – App.nr. 43373/98

vurdering tilfredsstillende de krav domstolen stiller til "fair trial"- vurderingen, godtas reparasjon. En ren innvirkningsvurdering vil ikke være tilstrekkelig, fordi det *skal* vurderes om rettergangen har vært "rettferdig". Hva som ligger i dette vilkåret, er imidlertid uklart. Og dersom man går gjennom hva ankedomstolen gjorde i Edwards-saken, der reparasjon ble tillatt, kan det stilles spørsmål ved om det egentlig er noen realitet – eller konkret innhold – i dette kravet. Som nevnt ovenfor krever imidlertid EMD at overinstansen foretar en forholdsvis *grundig* vurdering av underinstansens behandling, og det er muligens dette kravet det vises til.

3.4.2 Reparasjon i tilfeller der overinstansen foretar en begrenset prøvelse

I Walston-dommen kom som nevnt EMD til at reparasjon ikke hadde skjedd.

Spørsmålet er om det finnes eksempler på tilfeller der overinstansen formelt sett kun vurderer prosessuelle feil, der EMD likevel har godtatt reparasjon av en krenkelse i underinstansen.

Som vi har sett i kapittelet ovenfor, er reparasjon av engelske Court of Appeal godtatt i en del tilfeller. Denne domstolen foretar i praksis ofte den samme vurdering som HRKj gjorde i Walston-saken. Det er slik sett ikke utenkelig at EMD skulle kunne godta reparasjon også i tilfeller der overinstansen har begrenset kompetanse, dersom vurderingen som gjøres er grundig og bevisføringen omfattende nok. Særlig gjelder dette i lys av subsidiaritetsprinsippet, som kan begrunne at reparasjon godtas såfremt feilen reelt sett er rettet opp.

Prinsipielt sett er dette imidlertid vanskeligere å tenke seg. Dersom en intern domstol har kommet til at en feil ikke har virket inn på resultatet, og EMD kommer til at behandlingen i underinstansen krenket artikkel 6, vil den interne domstols avgjørelse i utgangspunktet ikke være relevant. Den konstatering som gjøres i den interne domstol vil ikke kunne endre på den krenkelse som allerede er skjedd i underinstansen. Dersom EMD krever innvirkning, har jo EMD allerede konstatert at feilen *har* virket inn. I et slikt tilfelle vil EMD og den interne domstol enten være uenige om den faktiske årsakssammenheng eller ha forskjellige krav til innvirkning. Og dersom EMD *ikke* krever innvirkning, vil en slik konstatering i overinstansen være irrelevant for den vurdering som skal foretas for EMD, nettopp fordi innvirkning ikke er et krav etter konvensjonen.

Etter et relativt omfattende søk etter slike dommer, har jeg heller ikke funnet eksempler på at reparasjon har vært akseptert ved overprøving av en domstol som ikke har full kompetanse. I flere saker fremstilles tvert i mot full kompetanse som et vilkår for reparasjon¹⁰². Som eksempel kan nevnes avvísningsavgjørelsen Ranson mot Storbritannia¹⁰³, der det uttales: *“It is well established in the Court’s case law that a defect at first instance may be remedied on appeal, so long as the appeal body has full jurisdiction”*. Det synes derfor som konklusjonen må bli at reparasjon ikke er mulig uten opphevelse dersom overinstansen bare kan vurdere prosessuelle spørsmål.

3.4.3 Reparasjon i de tilfellene der overinstansen tar stilling til menneskerettighetsspørsmålet

Hva så hvis den overordnede nasjonale domstolen konstaterer at en feil innebærer et brudd på EMK? Vil denne konstatering kunne innebære en reparasjon av feilen?

Høyesterett synes å anta dette, for eksempel i HR-2003-00227a som gjaldt krenkelse av uskyldspresumpsjonen, der Høyesterett kom til at konstatering av krenkelse var reparasjon av krenkelsen på samme måte som opphevelse ville ha vært det.

Denne måten å bøte på en krenkelse har en klar parallell i EMDs praksis. Det skjer ikke sjelden at EMD konstaterer krenkelse uten å tilkjenne erstatning eller oppreisning¹⁰⁴. Begrunnelsen er ofte at konstatering av krenkelse i seg selv har en oppreisende effekt. Man kunne dermed tenke seg at domstolen aksepterer at en tilsvarende øvelse kan foretas av de nasjonale domstoler, og at klageren ikke lenger anses som ”victim” etter artikkel 34 dersom slik konstatering har skjedd i disse domstolene.

I saken Amuur mot Frankrike¹⁰⁵ skriver domstolen om ”victim”-drøftelsen at selv ikke en nasjonal domstolsavgjørelse i klagerens *favør* vil utelukke at han sees på som ”victim”, med mindre den gir uttrykk for – enten eksplisitt eller implisitt – krenkelse av

¹⁰² Se for eksempel Weber v. Switzerland – App.nr. 11034/84

¹⁰³ Ranson v. the United Kingdom – App.nr. 14180/03

¹⁰⁴ For eksempel Coyne v. United Kingdom – App.nr. 2594/94, Bodén v. Sweden – App.nr. 10930/84 og Saunders v. United Kingdom – App.nr. 19187/91

¹⁰⁵ Amuur v. France – App.nr. 19776/92 § 36

EMK, og bøter på konsekvensene av denne¹⁰⁶. Lignende er gjentatt i andre dommer¹⁰⁷. Men det er altså mulig for overinstansen å frata en klager hans status som ”victim” gjennom å ta stilling til menneskerettighetsspørsmålet. For at slik reparasjon skal få virkning er det en forutsetning at den nasjonale domstolen bøter på konsekvensene (”afford redress”) av krenkelsen. Det er ikke umiddelbart gitt hva som ligger i dette begrepet. Det synes forholdsvis klart at det i forhold til krenkelser av artikkel 6 vil være tilstrekkelig med økonomisk kompensasjon. Hvor stor denne erstatningen må være for å være tilstrekkelig til å bøte på krenkelsen, vil bero på en konkret vurdering. I avvisningskjennelsen Novoselov mot Russland¹⁰⁸, som gjaldt artikkel 5 og 10 dagers ulovlig varetekt, hadde en nasjonal domstol i ettertid slått fast at innesperringen var i strid med konvensjonen. Klageren hadde blitt tilkjent EUR 150 i erstatning, noe klageren anså for å være for lavt. EMD sammenlignet med typiske erstatninger for tilsvarende tilfelle i det øvrige konvensjonsområdet, og fant at beløpet muligens var noe lavt. Likevel ble dette godtatt som reparasjon, ettersom lønnsnivået i Russland var lavt. Domstolen pekte også på at brudd EMK artikkel 5 ikke nødvendigvis gir klageren krav på erstatning. Det samme må gjelde for artikkel 6. Det virker dermed som om EMD ikke stiller spesielt strenge krav til erstatningens størrelse. Men som jeg kommer tilbake til umiddelbart nedenfor, er det mye som tyder på at EMDs egen praksis når det gjelder utmåling av erstatning for ikke-økonomisk skade vil gi betydelig veiledning.

Spørsmålet videre blir om det kan tenkes at det for visse typer krenkelser er tilstrekkelig at den nasjonale domstolen konstaterer krenkelse av konvensjonen, *uten* å gi økonomisk oppreisning. Konstateringen av krenkelsen vil da i seg selv være det som bøter på krenkelsen (”affords redress”). I en annen avvisningskjennelse – Timishev mot Russland¹⁰⁹ – aksepterer EMD denne tanken. Det uttales at *“bearing in mind that the Court itself has held in various cases that a finding of a violation in itself may constitute adequate just satisfaction under Article 41 of the Convention for any non-pecuniary*

¹⁰⁶ L.c. : “a decision or measure favourable to the applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a ”victim” unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention”

¹⁰⁷ Se Dalban v. Romania – App.nr. 28114/95 § 44, Lüdi v. Switzerland – App.nr. 12433/86 og Timishev v. Russia – App.nr. 55762/00 og 55974/00

¹⁰⁸ Novoselov v. Russia – App.nr. 66460/01

¹⁰⁹ Timishev v. Russia – App.nr. 55762/00

damage suffered, the Court accepts that the domestic courts' finding of a violation (...) may be regarded as adequate redress"

Konstatering av krenkelse kan dermed være rimelig erstatning for ikke-økonomisk skade etter artikkel 41 også der en intern domstol foretar denne øvelsen.

Det synes dermed som det er samsvar – eller i alle fall viktig sammenheng – mellom EMDs utmåling av ikke-økonomisk skade og den erstatning som skal til for at den nasjonale domstol skal frata klageren sin "victim"-status.

For en nasjonal domstol som skal vurdere om konstatering av krenkelse er tilstrekkelig til å reparere en feil i underinstansen, og eventuelt størrelsen på en erstatning, vil det derfor være nødvendig å skjele hen til EMDs erstatningsutmåling. Dersom EMD ikke gir erstatning i tilsvarende saker, vil den nasjonale domstol kunne reparere feilen uten å idømme erstatning. Dersom EMD idømmer erstatning i tilsvarende saker, vil krenkelsen som utgangspunkt bestå med mindre den nasjonale domstol gjør det samme.

En drøftelse av EMDs praksis rundt EMK artikkel 41 (om "just satisfaction") ville sprengte rammene for denne fremstilling, selv om jeg bare skulle drøftet de sakene som er direkte relevante for problemstillingen. Jeg vil likevel nevne at helhetsinntrykket etter å ha lest forholdsvis mange av disse dommene, er at EMD svært ofte tilkjenner klageren erstatning for ikke-økonomisk skade dersom det foreligger krenkelse av konvensjonens artikkel 6.

Et vesentlig problem med dette, er at en part i en sivil sak etter norsk rett vanskelig kan tilkjennes erstatning fra staten uten at staten også er part i saken. Og selv i straffesaker eller sivile saker der staten er part, vil et slikt krav vært et nytt krav i prosessuell forstand, og ikke kunne fremføres for ankeinstansen. Nasjonale domstoler vil derfor i mange tilfeller være avskåret fra å reparere en krenkelse på denne måten.

Men prinsipielt vil det altså i visse tilfeller være tilstrekkelig reparasjon å konstatere krenkelse i overinstansens domsgrunner.

3.5 Hva skal eventuelt oppheves?

Dersom EMD krever opphevelse av den underordnede dom for at en krenkelse skal repareres, oppstår spørsmålet om det er tilstrekkelig at dommen oppheves eller om hele hovedforhandlingen må gjennomføres på nytt. I norsk rett er hjemmelen for bare å oppheve domsgrunnene gitt i tvml § 385 og strpl § 347. I forhold til brudd på

kontradiksjonsprinsippet eller prinsippet om partenes likestilling, er imidlertid denne problemstillingen relativt upraktisk. Slike feil vil gjennomgående knytte seg til selve hovedforhandlingen, og dersom dommen skal oppheves er det helt uhensiktsmessig ikke å oppheve hele hovedforhandlingen.

Det må følgelig være klart at opphevelse i denne relasjon betyr opphevelse av hele hovedforhandlingen.

4 Kort oppsummering: Om forholdet mellom norsk praksis og EMDs praksis

Slik jeg forstår EMDs praktisering av EMK artikkel 6 er det dermed tre mulige måter å reparere en feil som utgjør et brudd på retten til kontradiktorisk behandling etter EMK. Den ene er å oppheve den underliggende dom, eventuelt hjemvise til ny behandling, jf punkt [3.4.2](#) ovenfor. Den andre er å konstatere krenkelse av EMK og eventuelt tilkjenne erstatning, jf punkt [3.4.3](#). Endelig kan saken gjøres gjenstand for ny behandling for en domstol med full kompetanse, jf punkt [3.4.1](#).

Ut fra det som er sagt ovenfor under punkt [2.3.3](#) om innvirkningskriteriet ved brudd på kontradiksjonsprinsippet i norsk rett, er det tvilsomt om Høyesteretts praksis helt ut er holdbar der feilen også utgjør et brudd på retten til kontradiktorisk behandling etter EMK. Etter at Walston-dommen falt i EMD, har imidlertid Høyesterett ved et par anledninger vist eksplisitt til denne når spørsmålet om potensiell innvirkning har dukket opp¹¹⁰. Dommen er av Høyesterett tolket slik at det etter EMK ikke er noe krav om potensiell innvirkning på resultatet for at krenkelse skal kunne konstateres, og det må være grunn til å tro at norske domstoler etter Walston-saken vil legge betydelig vekt på denne tolkningen der den regelen som er brutt også er vernet av konvensjonen. Med andre ord er det ikke usannsynlig at norske domstoler i enda større grad enn tidligere kommer til å legge vekt på praksisen med lett å tillegge brudd på kontradiksjonsprinsippet betydning (og dermed oppheve den underliggende dom), slik at de for fremtiden ikke vil komme i konflikt med EMK i disse tilfellene.

¹¹⁰ HR-2004-00112u og Rt. 2003 s. 1682

Teoretisk er det mulig for norske domstoler å avhjelpe en slik feil gjennom begrunnelsen, nemlig ved å konstatere krenkelse. Dette betinger imidlertid at slik konstatering er tilstrekkelig etter EMDs praksis, og at det ikke er nødvendig med oppreisning i tillegg. I den grad oppreisning er nødvendig for reparasjon, er det som nevnt betydelige prosessuelle hindringer for denne løsningen. Ettersom EMD antagelig ofte vil kreve slik økonomisk kompensasjon, er det grunn til å tro at avhjelp gjennom begrunnelsen i praksis vil spille liten rolle.

5 Rettspolitisk vurdering av EMDs praksis

Som vi så under punkt [3.3](#), er ikke EMD særskilt opptatt av om den manglende kontradiksjon har virket inn på resultatet eller ikke. Dersom det i det hele tatt er relevant, skal det svært lite til for at domstolen kommer til at feilen har potensiell innvirkningskraft. Følgelig har EMD skapt et regime der manglende kontradiksjon kan medføre krenkelse av menneskerettighetene uten at det er noen praktisk mulighet for at den har hatt noe å si for utfallet. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt dette kan sies å være en hensiktsmessig regel.

Hensynet bak den norske relativitetsgrunnsetningen er først og fremst prosessøkonomi. I norsk rett er det ansett som et nærmest selvsagt utgangspunkt at saksbehandling ikke har noen egenverdi. Dersom en regel som skal sikre riktig resultat er brutt uten at det har hatt betydning for resultatet, vil en ny rettssak ha lite for seg. Å gjennomføre ny rettssak hver gang slike feil har skjedd, vil være prosessøkonomisk uheldig og medføre en unødvendig belastning for den annen part. Det er som tidligere nevnt hovedgrunnen til at mange land, blant annet Norge, ikke opphever dommer beheftet med slike feil.

Det er klart at prosessøkonomi vil være et relevant hensyn å ta også for EMD. For det første fordi dette er et relevant hensyn i konvensjonsstatene. EMD har gjennomgående tatt hensyn til gjeldende praksis i medlemslandene. For det andre fordi prosessøkonomi er en viktig side av EMK artikkel 6, nemlig gjennom retten til rettergang innen rimelig tid. Endelig fordi det er naturlig å tenke seg at man først og fremst hadde ønsket om resultatets riktighet i tankene da kontradiksjonsprinsippet ble gitt konvensjonsbeskyttelse. Uttalelser i den prinsipielle Barberá, Messegué og Jabardo mot

Spania¹¹¹ tyder i alle fall på at dette var et poeng. Og da er det ingenting i veien for å gjøre potensiell innvirkning til et vilkår for å konstatere krenkelse av konvensjonen.

Selv om man har fokus på å sikre rett resultat finnes det imidlertid argumenter for å operere med en nærmest absolutt regel. Et hensyn, som også EMD har trukket fram, er at det kan være svært vanskelig for overinstansen å vurdere hva som *faktisk* har motivert dommeren i underinstansen til å treffe den avgjørelsen som er truffet. Til tross for at et prosesskrift ikke inneholder nye opplysninger i en sak, er det reelt sett ingenting i veien for at det er nettopp dette som overbeviser dommeren i en vanskelig sak. Dersom man aksepterer dette, vil en analyse av dommerens beveggrunner kreve en inngående kunnskap til hans psykologiske forhold – noe som for alle praktiske formål vil være umulig i en rettslig overprøvingssituasjon. Overinstansen er i praksis henvist til en prøvelse av et bevismiddels innvirkningspotensiale ut fra sine egne forutsetninger, noe som kan innebære en overrasjonalisering av underinstansens dommer(e). Dette forhold taler klart for absolutte regler.

På den annen side bygger hele ordningen med rettslig prøving på en forutsetning om at dommeren bare tar relevante hensyn. Med dette utgangpunktet er en prøvelse av en feils innvirkningspotensiale uproblematisk, og helt naturlig ut fra den forutsetning man har tatt. Det er imidlertid i dag akseptert at dette til en viss grad er en urealistisk forutsetning, og etter mitt skjønn vil det i mange situasjoner være vanskelig å kategorisk slå fast at en feil ikke kan ha virket inn på resultatet selv om dette *burde* vært tilfellet.

Videre er det slik at kontradiksjonsprinsippet er en del av et system der *formen* skal garantere rettergangens fullstendighet, der *formen* i størst mulig grad skal sikre at resultatet blir godt, og hindre ”menneskelige feil”. Ved å gjøre reglene relative, beveger man seg til en viss grad i en sirkel. Når en formregel så er tilsidesatt, fremstår det som problematisk at en annen domstol, som ikke har fulgt de muntlige forhandlinger, skal vurdere om feilen har hatt virkning. Formen er jo der nettopp for å unngå dommerens subjektivitet.

Dette argumentet er for så vidt også knyttet opp mot, og bringer oss videre til, det andre formålet med god kontradiksjon i rettergangen: Publikums tillit til rettsapparatet.

¹¹¹ Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain – App.nr. 10590/83 § 77 flg.

Det er klart at dersom man godtar at det er mulig å vurdere hvorvidt en feil har virket inn på resultatet eller ikke, burde det teoretisk sett ikke være noe i veien for å sikre publikums tillit også ved et system med relative saksbehandlingsregler. Dersom en feil ikke kan ha virket inn på resultatet, er det på én måte innlysende for enhver at den ikke skal gis virkning. Det er imidlertid minst to problemer ved dette. For det første er det ikke gitt at ”publikum” – som er en broket forsamling – aksepterer at dette er en betryggende måte å gjøre ting på. Noe av poenget med saksbehandlingsregler er å minimere den subjektivitet som ligger i avgjørelsesgrunnlaget. Det at en subjektiv vurdering trer inn i stedet for en av disse regler, gjør at rettergangen mister noe av den autoritet som objektive og ufravikelige regler gir.

For det andre er det for den enkelte part tillitsskapende å kunne ta stilling til de enkelte bevismidler på egen hånd. Til tross for at en domstol vurderer et bevis eller et dokument slik at det ikke har betydning, er det ikke gitt at dette er lett å akseptere for den tapende part. Det at partene selv skal vurdere hva som er relevant og ikke, er noe EMD har lagt stor vekt på. I et tilfelle der en part taper en sak det hefter kontradiktoriske mangler ved behandlingen av, er det lett å tenke seg at parten skylder tapet på den objektive feil som er gjort i rettergangen. Når da en overordnet domstol – som vel kan oppleves som representant for den samme autoritet som i utgangspunktet gjorde feilen – avviser feilen som ubetydelig, kan det virke urettferdig. Den part som har blitt nektet en kontradiktorisk rett, vil lett mene at det burde være hans prerogativ å vurdere hvorvidt et dokument krever hans kommentar eller ikke. I et system med absolutte eller tilnærmet absolutte regler, vil partene alltid gis rett til den kontradiksjon systemet i utgangspunktet hadde tiltenkt dem.

Som nevnt ovenfor; fleksible regler fratar rettergangen preget av objektivitet.

Som jeg antydde innledningsvis, er det imidlertid rom for viktige motforestillinger mot EMDs praksis. Prosessøkonomi er det helt sentrale hensyn. Et av de viktigste formål med et rettssystem er å gi autoritative avgjørelser som lar seg håndheve. Ideelt sett var alle avgjørelser riktige, men det er strengt tatt ikke nødvendig at alle er det. Og antagelig er det heller ikke mulig at alle er det. Dermed er det nødvendig å begrense antallet ganger en sak blir prøvet for rettssystemet, samt mengden ressurser som avsettes til den.

Rettssaker krever ressurser, både av økonomisk og menneskelig art, og det er gode grunner for å begrense unødvendige saker i alle instanser. Særlig gjelder dette for

overprøving, ettersom disse sakene allerede har vært gjennom én runde i systemet. Avveiningen som må gjøres er om det er så mye å tjene på å gjennomføre ny hovedforhandling at det er verdt de ressurser som går med. Jo mindre sannsynlighet for at avgjørelsen vil endres, desto mindre grunn til å bruke tid, engasjement og penger på en ny runde.

Og til tross for det som er sagt ovenfor om muligheten for å si noe om hva som har virket inn eller ikke, kan man vel i *noen* tilfeller med en rimelig grad av sikkerhet si at visse feil er mindre relevante enn andre. I disse situasjonene vil det reelt sett være svært lite å tjene på å gjennomføre ny hovedforhandling, og de kostnader som er forbundet med denne vil dermed fort være helt uforholdsmessige.

Så lenge kriteriet er at feilen ikke skal ha kunnet virke inn på resultatet, vil rettstapet være minimalt. Dette taler mot å praktisere så absolutte regler som EMD legger opp til.

Et relatert hensyn er at saker som går for rettsapparatet ofte vil være også en følelsesmessig belastning for partene. For partene kan det derfor ha en selvstendig verdi å få en sak endelig avsluttet, selv om det skulle gå marginalt på bekostning av rettssikkerheten. Dette er et hensyn EMD vanligvis legger betydelig vekt på, blant annet gjennom retten til rettergang innen rimelig tid, jf. EMK artikkel 6.

I forlengelsen av dette kommer at mange parter vil ha blitt dratt inn i en tvist eller en straffesak helt uten å ha gjort noe for å komme dit. Særlig for disse partene vil det være svært viktig at en sak kan avsluttes så raskt som mulig.

Hvis vi sammenholder EMDs praksis med det som har vært norske domstolars praksis i alle fall frem til Walston-dommen, fremstår EMDs måte som svært rigid. Ettersom norske domstoler presumerer at brudd på kontradiksjonsprinsippet kan ha virket inn, vil det stort sett være i de åpenbare tilfellene at en feil ikke tillegges vekt. Den rettssikkerhet man taper på å ha en slik regel vil være marginal sett i forhold til de prosessøkonomiske fordelene den norske ordningen har. Etter mitt skjønn er derfor den regel EMD har lagt til grunn unødig streng, og dermed uheldig.

Men til syvende og sist handler dette om en subjektiv vurdering av hvor mye prosessøkonomi man er villig til å ofre for en begrenset økning i rettssikkerheten. Det er – som jeg har forsøkt å vise tidligere i dette kapittelet – mange argumenter for å legge seg på en linje med absolutte regler.

Endelig er det slik at selv om EMD praktiserer nærmest absolutte regler, er det etter mitt skjønn ikke gitt at nasjonale overinstanser likevel ikke skal kunne reparere en krenkelse gjennom begrunnelsen. Tilsynssystemet under EMK er av utpreget subsidiær karakter. Menneskerettighetene *sikres* gjennom konvensjonen, men konvensjonsorganenes tilsyn er subsidiært – både i tid og omfang – til statenes eget tilsyn. Dette går fram av en rekke av konvensjonens bestemmelser¹¹². Viktigst er bestemmelsen i EMK artikkel 35 paragraf 1. En klager må etter denne bestemmelsen uttømme alle tilgjengelige rettsmidler – både administrative og judisielle – før en klage kan tas til behandling for EMD. Bakgrunnen for regelen er fasettert, men et viktig formål har utvilsomt vært å gi statene en mulighet til å forhindre fellende dom i EMD ved å rette opp en feil internt. Statene skal ha mulighet til å "rydde opp i egen bakgård" før konvensjonsorganene griper inn. Antagelig har det også vært sentralt at kontroll med menneskerettighetene innenfor konvensjonsområdet er en enorm oppgave. Det ville kreve ressurser og administrasjon som det er helt upraktisk å gi Europarådet. Det var – og er – naturlig at medlemsstatene i første omgang selv håndterer påståtte menneskerettighetsbrudd. En rettsak i EMD representerer et komplisert og kostbart apparat, som ikke bør settes i gang uten at det virkelig er nødvendig¹¹³. Nasjonale myndigheter har dessuten et langt bredere spekter av virkemidler til sin disposisjon, og kan ofte tilby "klageren" mer tilfredsstillende løsninger enn det konvensjonsorganene kan. Endelig er det naturlig å anta at nasjonale organer har bedre kjennskap til forholdene i det aktuelle landet enn EMD har.

Når konvensjonen i så stor grad legger opp til at det primært er statene som skal reparere inntrufne krenkelser, vil subsidiariteten i seg selv være en relevant rettskilde for EMD. Det at konvensjonens tilsynssystem skal være subsidiært til statenes eget tilsyn tilsier stor frihet for statene i valg av hvordan reparasjon skal skje, og det kan

¹¹² Eksempelvis binder artikkel 1 statene til å sikre menneskerettighetene, men krever ikke at dette skjer på en spesiell måte. Artikkel 13 gir statene frihet til å bestemme hva slags "effective remedy" borgerne skal tilbys. Bestemmelsen om effektivt rettsmiddel understreker dessuten at det er statene som har det primære ansvar for at rettighetene sikres. Videre bærer EMK gjennomgående preg av å være et sett av minimumsregler, noe som klart er kommet til uttrykk i artikkel 17. Også *tilsynsorganenes* virksomhet er subsidiær til statenes tilsyn. Flere bestemmelser kan nevnes. Etter art 52 kan for eksempel generalsekretæren be om opplysninger om hvordan rettighetene sikres, og etter art 41 kan domstolen bare tilkjenne erstatning dersom og i den grad full oppreisning ikke er tilgjengelig etter nasjonal rett.

¹¹³ Fleischer side 197

være et argument for at EMD bør være varsom med å overprøve de nasjonale domstolars skjønn i denne vurderingen. Der en krenkelse reelt sett er avhjulpet, vil derfor dette ”subsidiaritetsprinsippet” være et tungtveiende argument for at EMD bør akseptere statens reparasjonsanførsel.

6 Litteraturliste

Adolf v Austria – App. nr. 8269/78	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Albert and Le Compte v. Belgium – App.nr. 7299/75 og 7496/76	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Amuur v France – App. nr. 19776/92	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Apeh Uldozotteinek Szovetsege and others v. Hungary – App.nr. 32367/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Artico v Italy – App. nr. 6694/74	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Balmer-Schafroth and others v Switzerland – App. nr. 22110/93	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain – App.nr. 10590/83	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Bjerke og Keiserud II	Bjerke, Hans Kristian. <i>Lov 22. Mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer med kommentarer Bind II</i> . Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud. 2. Utg. Oslo 1996
Bodén v. Sweden – App.nr. 10930/84	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

Borgers v. Belgium, App. nr. 12005/86	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Botten v. Norway – App.nr. 16209/90	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Brandt, Spesialoppgave	Brandt, Kristian. <i>Nektelse av prøveløslatelse og EMK - En vurdering av nektelse av prøveløslatelse i forhold til EMK art 6 og tilleggsprotokoll 7 art 4 nr 1.</i> vår 2004. Tilgang: http://wo.uio.no/as/WebObjects/theses.woa/wa/these?WORKID=17558
Brumarescu v Romania – App. nr. 28342/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Bryan v. The United Kingdom – App.nr. 19178/91	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Bulut v. Austria – App.nr. 17358/90	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
C.G. v. the United Kingdom – App.nr. 43373/98	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Condron v. the United Kingdom – App-nr. 35718/97	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Corigliano v Italy – App. nr. 8304/78	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Coyne v. United Kingdom – App.nr. 2594/94	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Credit and Industrial Bank v. The Czech Republic – App.nr. 29010/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Dalban v. Romania – App.nr. 28114/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

Dallos v. Hungary – App.nr. 29082/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
De Cubber v. Belgium – App.nr. 9186/80	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Delcourt v Belgium, App. nr. 2689/65	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Denton V. the United Kingdom – App.nr. 28231/02	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Di Mauro v Italy – App. nr. 34256/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Dokument nr 1 (1885)	Dokument No 1 (1885) <i>Indstilling fra Jurykommisjonen inneholdende udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Strafsager</i>
Dombo Beheer v. The Netherlands – App. Nr. 14448/88	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Dowsett v. the United Kingdom – App.nr. 39482/98	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Eckle v Germany – App. nr. 8130/78	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Edwards v. the United Kingdom – App.nr. 13071/87	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
EMK	Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon
Findlay v. The United Kingdom – App.nr. 22107/93	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Fischer v. Austria – App.nr. 16922/90	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

Fitt v. the United Kingdom – App.nr. 29777/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Fleischer	Fleischer, Carl August. <i>Folkerett</i> . 7. utg. Oslo 2000
Fortum Corporation v. Finland, App.nr. 32559/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
H.A.L. v. Finland – App.nr. 38267/97	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Hagerup sivilprosess II 1905	Hagerup, Francis. <i>Den norske civilproces. Anden del</i> . 2.utg. Kristiania 1905
Hagerup sivilprosess II 1918	Hagerup, Francis. <i>Den norske civilproces. Anden del</i> . 3.utg. Kristiania 1918
Hagerup straffeprosess I 1904	Hagerup, Francis. <i>Den norske straffeproses. Første bind</i> . 1.utg. Kristiania 1904
Harris m.fl.	Harris, DJ. <i>Law of the European Convention on Human Rights</i> . DJ Harris, M O'Boyle og C Warbrick. London, Dublin, Edinburgh 1995
Hov, Rettergang I	Hov, Jo. <i>Rettergang I. Sivil og straffeprosess</i> . 1.utg. Oslo 1999
HR-1997-00435s	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-1997-00621s	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-1999-00150s	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-1999-00227s	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-1999-00238k	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-2003-00227a	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-2003-00895-1	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
HR-2004-00112u	Upublisert Høyesterettsdom. Tilgang: www.lovdato.no
I.J.L., G.M.R. and A.K.P. v. the United Kingdom – App.nr. 29522/95, 30056/96, 3057/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Imbrioscia v. Switzerland – App.nr. 13972/88	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

Innst. O. Nr. 51. (1980-81)	Innst. O. Nr. 51. (1980-81) <i>Innstilling frå justiskomiteén om lov om endringar i rettargangslovgevinga m.m.</i>
Inze v Austria – App. nr. 8695/79	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Jasper v. the United Kingdom – App.nr. 27052/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Josef Fischer v. Austria – App.nr. 33382/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
K.S. v. Finland, App.nr. 29346/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Karnov	Norsk elektronisk lovkommentar, Hovedredaktører Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland. Tilgang: http://www.gyldendal.no/rettsdata/
Kingsley v The United Kingdom – App.nr. 35605/97	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Komanicky v. Slovakia – App.nr. 32106/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Kyprianou v. Cyprus – App.nr. 73797/01	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Lanz v. Austria – App.nr. 24430/94	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
LG-1996-01419	Upublisert Lagmansrettsdom. Tilgang: www.lovdatal.no
Lüdi v Switzerland – App. nr. 12433/86	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Lüdi v. Switzerland – App.nr. 12433/86	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

Miailhe v. France – App.nr. 18978/91	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Miailhe v. France – App.nr. 18978/91	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Mrl	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett m.v. av 21. mai 1999 nr. 30
Møse	Møse, Erik. <i>Menneskerettigheter</i> . 1.utg. Oslo 2002
NOU 1993:18	NOU 1993: 18 Lovgivning om menneskerettigheter
Novoselov v. Russia – App.nr. 66460/01	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Nsona v The Netherlands – App. nr. 23366/94	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Ranson v. the United Kingdom – App.nr. 14180/03	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Riepan v. Austria – App.nr. 35115/97	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Rowe and Davis v. the United Kingdom – App.nr. 28901/95	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Rt. 1957 s. 942	
Rt. 1981 s. 673	
Rt. 1990 s. 823	
Rt. 1997 s. 1181	
Rt. 1997 s. 247	Walston-dommen (HRKj)
Rt. 1997 s. 580	OFS-dommen
Rt. 1998 s. 1283	
Rt. 1998 s. 472	

Rt. 1999 s. 1166	
Rt. 1999 s. 1939	
Rt. 1999 s. 397	
Rt. 1999 s. 487	
Rt. 1999 s. 856	
Rt. 2000 s 996	
Rt. 2000 s.1297	
Rt. 2001 s. 102	
Rt. 2002 s 557	
Rt. 2002 s. 1487	
Rt. 2002 s. 248	
Rt. 2003 s. 1625	
Rt. 2003 s. 1682	
Rt. 2003 s. 459	
Rt. 2003 s. 512	
Saunders v. United Kingdom – App.nr. 19187/91	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Schuler-Zraggen v. Switzerland – App.nr. 14518/89	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Skoghøy	Skoghøy, Jens Edvin A. Tvistemål. 1. Utg. Oslo 1998
SP	FN konvensjonen om de sivile og politiske rettighetene av 1966
Strpl	Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25
The European System for the Protection of Human Rights	<i>The European System for the Protection of Human Rights</i> . Edited by R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold. Dordrecht 1993.

The Fortum Corporation v. Finland, App.nr. 32559/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Timishev v. Russia – App.nr. 55762/00	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Tvml	Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6
Twalib v. Greece – App.nr., 24294/94	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Tyrer v. UK – App.nr. 5856/72	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Udkast... (1886)	Udkast til Lov om Rettergangsmaaden i Straffesager med Motiver. Kristiania 1886
Van Droogenbroeck v. Belgium, App. nr. 7906/77	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Vermeulen v Belgia, App. nr. 19005/91 og 19006/91	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Walston v. Norge, App.nr. 37372/97	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Weber v. Switzerland – App.nr. 11034/84	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Y v. Norway – App.nr. 56568/00	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
Ziegler v. Switzerland – App.nr. 33499/96	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en

Zumtobel v. Austria – App.nr. 12235/86 Obermeier v. Austria– App.nr. 11761/85	Dom fra den europeiske menneskerettighetsdomstol. Tilgang: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en
ØSK	FN konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter av 1966

(<http://www.jus.uio.no/sekr/studieinformasjon/fagsider/spesialoppgave/retningslinjer>)

7 Lister over tabeller, figurer m v